بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة جرش

كلية الحقوق

قسم الدراسات العليا

القانون الخاص



Jarash University

Faculty of Law

Department of Graduate Studies

Private Law

تنازع القوانين

في

الروابط العقدية الدولية الخاصة

إعداد الطالب

حسن عواد الحسن العليمات

إشراف

الأستاذ الدكتور محمد واصل

"قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات نيل درجة الماجستير"

في القانون الخاص

كلية الحقوق/ جامعة جرش

2010

بسم الله الرحمن الرحيم



تقرير لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة (تنازع القوانين في الروابط العقدية الدولية الخاصة) علناً وأجيزت بتاريخ:

يوم 16/محرم/1432هـ

الموافق: 2010/12/22

أعضاء لجنة المناقشة:

1 – الأستاذ الدكتور محمد واصل (مشرفاً ورئيساً) التوقيع ....

2 – الأستاذ الدكتور صاحب عبيد (عضو) التوقيع ....

3 – الدكتور أحمد الحوامدة (عضو) التوقيع ....

4 – الدكتور عيسى الربضي (عضو) التوقيع ....

الإهداء

إلى روحي والديّ الطاهرة لهم الدعاء بالرحمة والمغفرة

إلى إخواني وأخواتي الذين لا يزالون يقفون بجانبي

إلى كل الدماء التي سالت من اجل العدل والحرية

إلى من علمني وتعلمت منه في حياتي

اهدي هذا الجهد المتواضع

شكر وتقدير

يسعني في هذا المقام وأنا أقدم هذه الدراسة أن أتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان للأستاذ الدكتور محمد واصل على قبول إشرافه على هذه الرسالة والذي كان لجهده الكبير وملاحظاته وتوجيهاته الأثر الكبير في إخراج هذه الرسالة إلى حيز الوجود وكتابتها على هذا النحو.

كذلك كل الاحترام والتقدير لعطوفة الأستاذ ياسر الشبلي رئيس محكمة الزرقاء الابتدائية رئيسي في العمل على ما أبداه من دعم وتفهم لظروفي في أثناء فترة دراستي.

كما أقدم شكري وتقديري لأعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه الرسالة وشكراً لهم على ما بذلوه من جهد في دراستها وتقييمها.

ملخص الرسالة

تنازع القوانين

في

الروابط العقدية الدولية الخاصة

تتضمن هذه الرسالة دراسة تفصيلية للقانون الواجب التطبيق من بين القوانين التي تتنازع أو تتزاحم في التطبيق على الروابط العقدية الدولية الخاصة.

قسمت الرسالة الى فصلين,خصص الفصل الأول منها لكيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على الروابط العقدية الدولية الخاصة شكلاً وموضوعاً . أما من حيث الموضوع فإن القاعدة العامة تقتضي بخضوع العقد للقانون الذي يختاره المتعاقدان وهو ما تم بحثه في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني تم دراسة مناهج إسناد العقد عند سكوت الإرادة عن الاختيار بموجب ضوابط الإسناد الاحتياطية وفي المبحث الثالث تم دراسة القانون الواجب التطبيق من حيث الشكل ويتلخص هذا المبحث في شرح القاعدة العامة التي تقضي بخضوع شكل التصرف لقانون البلد الذي تم فيه إبرامه أو ما يعرف بقاعدة "قانون المحل يحكم شكل التصرف" مع دراسة ضوابط الإسناد الاحتياطية التي تحكم الشكل.

ما تقدم يمثل الجانب النظري من الرسالة، أما الجانب العملي والذي تم دراسته في الفصل الثاني من الرسالة, فيتلخص في كيفية تطبيق القانون المختص إذا ما تبين انه قانون أجنبي عن القاضي من حيث كيفية إثبات مضمونه وتفسيره وهو ما تم دراسته في المبحث الأول والأساس الذي يقوم عليه تطبيق القانون الأجنبي وهو ما تم بحثه في المبحث الثاني، والموانع التي تمنع تطبيقه وهو ما تم بحثه في المبحث الثالث.

كل ما تقدم تمت دراسته من خلال عرض موجز للآراء الفقهية في كل موضوع من موضوعات الرسالة تم التعرض لموقف التشريع والقضاء المقارن ثم موقف المشرع الوطني وقضاء محكمة التمييز الأردنية.

الباحث

حسن العليمات

2010

Abstract

Conflict of Laws in the Private International Contractual Relations

This thesis includes a detailed study of the law which must be applied on the private international contractual relations when laws conflict.

The thesis is divided into two parts. The first part deals with how the law which must be applied is determined and applied on the private international contractual relations both in terms of form and content or subject. Concerning the subject, the rule dictates that the contract must be controlled by the chosen law by the contractors, and this has been dealt with in the first topic. In the second topic, I dealt with the methods of the attributing when there is volition silence of choice according to the spare attribution controls. In the third topic, I discussed the which must be applied in terms of and it can be summarized in the general rule which dictate that the demeanor form must be controlled by the law of the country where the contract is signed or by the general rule (The rule of the place controls the form of the disposition), beside the study of the spare attribution controls which rule the form.

The above-mentioned data represent the theoretical part of the thesis. The practical part is dealt with in the second part .It deals with how to apply the specific law if it were a foreign law for the judge in terms of how to prove its content and interpret it. This was dealt with and studied in the first topic, but the base of this application of the foreign law was dealt with in the second topic, and the impediments of application were dealt with in the third topic.

All of the previous items were studied through the brief presentation of jurisprudential opinions in each subject of the thesis. Besides, I explained the attitude of jurisprudence and contrastive legislation, the attitude of the national enterprise, and the judgment of the Jordan Court of Cassation.

The Researcher

Hasan Al Oleimat

قائمة المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
تقرير لجنة المناقشة	أ
الإهداء	ب
شكر وتقدير	ج
المحتويات	د
ملخص الرسالة "بالعربية"	هـ
ملخص الرسالة "بالإنجليزية"	و
المقدمة	1-4
الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على الروابط العقدية الدولية الخاصة	5
المبحث الأول: تطبيق قانون الإرادة على موضوع الروابط التعاقدية الدولية الخاصة	6
المطلب الأول: نظريتا تطبيق قانون الإرادة ومدى حرية المتعاقدين في اختياره	6
ولاً : نظريتا تطبيق قانون الإرادة	7
ثانياً : مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد	10
المطلب الثاني: وقت اختيار قانون العقد وتعدده	13
ولاً : وقت اختيار قانون العقد	13
ثانياً : اختيار أكثر من قانون لحكم العقد	14
المطلب الثالث: كيفية تحديد قانون الإرادة	14-21
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الروابط التعاقدية عند سكوت الإرادة عن الاختيار	22
المطلب الأول: مناهج إسناد العقد عند سكوت الإرادة عن الاختيار	23
ولاً : منهج الإسناد الجامد	23
ثانياً : منهج الإسناد المرن	27
ثالثاً : نظرية الأداء المميز	29-33
رابعاً : موقف المشرع الأردني	33
المطلب الثاني: المسائل الداخلة في فكرة الالتزامات التعاقدية	35-37
ولاً : تكوين العقد	38-40
ثانياً : آثار العقد	41-42
المطلب الثالث: مجال تطبيق الفكرة المسندة للروابط التعاقدية من حيث نوع العقد	43

الموضوع	رقم الصفحة
ولاً : العقد المتعلق بعقار	43
ثانياً : عقد العمل	45
ثالثاً : العقود المبرمة بين الدول	49
المبحث الثالث: قانون الو اجب التطبيق على الروابط العقدية من حيث الشكل	51
المطلب الأول: قاعدة خضوع شكل العقد الى قانون محل إبرامه	51
ولاً : مبررات خضوع شكل العقد الى قانون محل ابرامه	51
ثانياً : طبيعة قاعدة إخضاع شكل العقد لقانون محل إبرامه	53
المطلب الثاني: نطاق تطبيق قانون الشكل	56
ولاً : الاشكال التي تخرج عن مضمون فكرة الشكل	56
ثانياً : الاشكال التي تدخل في مضمون فكرة الشكل	58
المطلب الثالث: ضوابط الإسناد في القانون الأردني	61
ولاً : ضوابط الإسناد المادية	61
ثانياً : ضوابط الإسناد المعنوية	63
الفصل الثاني: كيفية تطبيق القانون الأجنبي وموانع تطبيقه	**68**
المبحث الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي وموقف القضاء المقارن	69
المطلب الأول: الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي	69
ولاً : نظرية الحقوق المكتسبة	69
ثانياً : القانون الأجنبي مسألة واقع	70
ثالثاً : القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية	71
المطلب الثاني: موقف القضاء من الأساس الذي يقوم عليه تطبيق القانون الأجنبي	72
ولاً : موقف القضاء الفرنسي	73
ثانياً : موقف القضاء الأنجلو أمريكي	74
ثالثاً : موقف القضاء المصري	75
رابعاً : موقف القضاء السوري	75
خامساً : موقف القضاء الأردني	76
المبحث الثاني: إثبات مضمون القانون الأجنبي وتفسيره	80
المطلب الأول: إثبات مضمون القانون الأجنبي	80
اولا: عبء إثباته	81

الموضوع	رقم الصفحة
ثانياً : كيفية إثبات القانون الأجنبي	82
ثالثاً : الأثر المترتب على الاخفاق في إقامة الدليل عليه	84
المطلب الثاني: تفسير القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا عليه	86
أولاً : تفسير القانون الأجنبي	86
ثانياً : رقابة المحكمة العليا على تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي	87
المبحث الثالث: موانع تطبيق القانون الأجنبي	89
المطلب الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام أو الآداب	90
أولاً : تعريف النظام العام والآداب العامة وماهيتهما	90
ثانياً : التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة	91
ثالثاً : شروط الدفع بالنظام العام أو الآداب	92
رابعاً : اثر الدفع بالنظام العام أو الآداب	93
المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون	101
أولا: مفهوم الغش نحو القانون الدولي الخاص	101
ثانياً : كيفية ظهور فكرة الدفع بالغش نحو القانون	102
ثالثاً : الأساس القانوني لنظرية الدفع بالغش نحو القانون	103
رابعاً : شروط الدفع بالغش نحو القانون	105
خامساً : الأثر أو الجزاء المترتب على إعمال فكرة الدفع بالغش نحو القانون	107
المطلب الثالث: التمسك بالمصلحة الوطنية لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي	109
أولاً : معنى المصلحة الوطنية	109
ثانيا: الاساس القانوني للدفع بالمصلحة الوطنية	111
ثالثا: شروط التمسك بالمصلحة الوطنية	113
رابعاً : الاثر المترتب على التمسك بالمصلحة الوطنية	114
خامسا: تطبيقات على المسك بالمصلحة الوطنية	114
الخاتمة والنتائج والتوصيات	**118**
النتائج	**123-119**
التوصيات	**126-123**
قائمة المصادر والمراجع	**131-127**

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

يمثل موضوع هذه الدراسة احد موضوعات القانون الدولي الخاص والتي تعتني بكيفية تحديد القانون المختص إذا ما شاب العلاقة العقدية عنصر أجنبي وكيفية تطبيق القانون المختص بحكم العلاقة إذا ما تبين أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق وموانع التطبيق بالرغم من التحديد بأنه المختص بحكم الرابطة العقدية,.

وبالنسبة لاختيار عنوان الرسالة فإن غالبية التشريعات باستثناء الحديث منها قد أوردت مصطلح الالتزامات التعاقدية وليست العقود ومنها القانون المدني الأردني في المادة 1/20 ومن قبله القانون المدني المصري في نص المادة 19 وفي تبرير ذلك يقول أستاذنا الدكتور عز الدين عبد الله[1]أن السبب في ذلك هو التفرقة السائدة في القانون المدني بين الحق ومصدره عينياً أو شخصياً وهي تفرقة لو انتقلت كاملة إلى ميدان القانون الدولي الخاص لكان من المتعين بيان القانون الواجب التطبيق في الحق وبيان القانون الواجب التطبيق في مصدره وهذا ما يتبعه المشرعون عادة بالنسبة للحق العيني بالنظر إلى أهمية هذه التفرقة في شأنه فهم يبينون القانون الواجب التطبيق عليه وهو عادة قانون موقع المال كما يبينون القانون الواجب التطبيق في مصدره وهو متنوع بقدر تنوع هذه المصادر إما العقد أو الميراث أو الوصية أو التقادم وغيرها من طرق اكتساب الحقوق أما بالنسبة إلى الحق الشخصي فإن المنحنى التشريعي المذكور يكتفي ببيان القانون الواجب التطبيق في الحق الشخصي وهو هنا الالتزام التعاقدي دون ذكر قاعدة إسناد تخص مصدره وهو العقد وذلك نظراً لقلة أهمية هذه التفرقة وبحيث يكون القانون الواجب التطبيق في الالتزام التعاقدي هو لقانون الواجب التطبيق في العقد وصولاً إلى قاعدة التسوية بين الالتزام التعاقدي ومصدره وهو العقد من حيث القانون الواجب التطبيق على كليهما.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني بخصوص هذه المادة (1/20) أن المشرع تعرض للقاعدة العامة في الالتزامات التعاقدية ولصور خاصة من صور العقود.... ثم أورد أن فقه القانون الدولي الخاص لا يزال غير مستقر فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب تطبيقه في شأن الالتزامات التعاقدية لتنوع صور العقود وتباين القواعد التي تسري عليها من حيث أركان الانعقاد وشروط الصحة وترتيب الآثار ثم ذكر... وهذا حكم عام يمكن لسلطان الإرادة وضمن

([1]) الدكتور عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني – الطبعة التاسعة – الهيئة المصرية للكتاب ص 429.

وصف القانون الواجب تطبيقه على العقد وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلائم معها[1].

والتي لا أؤيد التسوية كما يرى بها أستاذنا الدكتور عز الدين عبد الله من حيث التسوية بين الالتزام التعاقدي ومصدره وهو العقد، فبتأكيد أن الالتزام التعاقدي هو نتاج العقد وبسبب العقد قام الالتزام (عقد البيع مثلاً يقوم التزام المشتري بدفع الثمن وتسلم المبيع ويقوم التزام البائع بقبض الثمن وتسليم المبيع في مرحلة لاحقة لانعقاد العقد) أي أن العقد ينعقد أولا ثم تترتب الالتزامات التعاقدية الناشئة عنه. وبالتالي فحسب نص المادة 1/20 و 19 على التوالي مدني أردني ومصري فإنها ترد بخصوص الالتزام الناشئ عن العقد وهو لم تنصرف إليه إرادة المشرع والتي لو قلنا بها لكان القانون الواجب التطبيق يحكم الالتزام التعاقدي دون العقد نفسه وهو عكس ما انصرف إليه قصد المشرع كما هو واضح من المذكرات الإيضاحية.

نخلص مما تقدم أن قاعدة الإسناد الواردة في المادة (1/20 مدني أردني و 19 مدني مصري) جاء نصها وارداً بخصوص القانون الواجب التطبيق في النزاعات التعاقدية إلا أنه ليس هناك أية شبهة في سريان هذه القاعدة على العقد بوصفه مصدراً لهذه الالتزامات.

وا ٍذا كنا قد سلمنا بأن قصد المشرع قد انصرف إلى العقود وبالالتزامات الناشئة عنها في نص المادة المذكورة فإننا وبالرجوع إلى القانون المدني الأردني بخصوص تحديد مصادر الالتزام فقد حدد مصادر الحقوق الشخصية في الباب الأول من الكتاب الأول وتحت عنوان مصادر الحقوق الشخصية 1 – العقد 3 – التصرف الانفرادي 4 – الفعل الضار 4 – الفعل النافع – 5 – القانون.

وا ٍذا كنا قد سلمنا بالفرض السابق بأن قصد المشرع انصرف إلى العقد فما هو القانون الواجب التطبيق على التصرف الانفرادي (العقد بالإرادة المنفردة) إذا ما شابه عنصر أجنبي وأصبح مجالاً لتنازع القوانين.

فإذا كانت المادة 1/20 بخصوص الالتزامات التعاقدية وقد توصلنا أن قصد المشرع انصرف إلى العقد وان المادة 22 من القانون المدني الأردني و 21 مدني مصري بخصوص الالتزامات غير التعاقدية فما هو النص الذي يحكم التصرف الانفرادي (العقد بالإرادة المنفردة) وبالمجمل فان المادة 1/20 تتحدث عن عقد يتم بإرادتين ولم يأتي ذكر للعقد الذي يتم بإرادة منفردة مثل الوعد بالجائزة وكذلك فان عقد الهبة هو عقد يتم بإرادة منفردة ولم ينظم المشرع الأردني وكذلك المصري موضوع عقد الهبة ولم يفرد لها نصاً في القواعد الخاصة بتنازع القوانين مع أن المشروع

([1]) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، بخصوص المادة 1/20 الجزء الأول ص 48 وكذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بخصوص المادة 19 – الجزء الأول ص 48.

التمهيدي للقانون المدني المصري وفي المادة 39 قضت بوجوب تطبيق قانون الواهب وقت الهبة في شأنها إلا أن هذه المادة لم ترد في المشروع النهائي لا في القانون المدني المصري ولا من بعده في القانون الأردني.

وقد كان العنوان المقترح لهذه الدراسة هو تنازع القوانين في العقود الدولية الخاصة إلا أنني رأيت أن هذه التسمية قاصرة باجتهادي المتواضع تم وضع العنوان الروابط التعدية بدلاً من العقود ليكون شاملاً وأكثر اتساعا ليشمل العقود أو التصرفات التي تتم بإرادتين (العقد) والتي تتم بإرادة واحدة (التصرف الانفرادي) أو العقد بالإرادة المنفردة. هذا هو اجتهادي المتواضع في تبريره.

وتتمثل مبررات اختيار الموضوع بازدياد أهمية العقود أو الروابط العقدية الدولية الخاصة في العصر الحاضر بعدما أصبح العالم قرية صغيرة حتى قال البعض بأنها تكاد تقترب من أهمية العقد في القانون الداخلي ولأهمية هذا الموضوع وقلة التعرض له والكتابة فيه على الصعيد الوطني من الناحية العملية وبالرغم من أن هذا الموضوع يشكل عبئاً ثقيلاً على الباحث أو كما يرى أستاذنا الدكتور هشام علي صادق بان القانون الدولي الخاص الذي تشكل هذه الدراسة إحدى موضوعاته هو قانون المتاهات التي يصعب الخروج منها، كل ذلك كان دافعاً للكتابة فيه.

تقوم فرضية البحث على افتراض اننا امام رابطة تعاقدية دولية خاصه وثار نزاع بين المتعاقدين او الغير فما هو القانون الذي سوف يحكم الرابطه العقدية وبناء عليه سوف يتم الفصل في هذا النزاع وما هي الية تحديد مضمونه وتفسيره.

أما مشكلة البحث فتتمثل في جانبين؛ الجانب الأول أننا إذا كنا أمام رابطة تعاقدية ذات عنصر أجنبي أو كما يسميه البعض عقد دولي ذو طبيعة خاصة وثار نزاع بشأن القانون الواجب التطبيق على هذا العقد فأي القوانين المتنازعة أو المتزاحمة سوف يطبق القاضي على هذا العقد؟ وهل تطبيق جميع هذه القواعد التي تم تحديدها على جميع نواحي العقد شكلاً وموضوعاً؟ وما هي أسس اختيار هذا القانون؟ وما هي النظريات الفلسفية القانونية التي قيلت في تبرير الأخذ به دون غيره؟ وما هو موقف المشرع الوطني والتشريع المقارن من هذا التحديد؟ وإذا ما انتهينا من ذلك كله فما هو موقف القضاء المقارن والقضاء الأردني؟.

أما الجانب الثاني من المشكلة فيتمثل من خلال إيجاد الإجابة للتساؤلات التالية فإذا كان الجانب الأول انتهى إلى تحديد القانون الواجب التطبيق فإذا كان هذا القانون أجنبي عن القاضي فما هو السبيل إلى تحديده وتفسيره ومن يثبته؟ وما هو الأساس لذلك التطبيق؟ وعلى ماذا يستند القاضي وهو يطبق قانون أجنبي عنه هل يطبقه بوصفه قانون مثل قانونه الوطني؟ أم أن تطبيقه لا يتعدى أن يكون مسألة واقع يكلف من يتمسك به إثباته وتفسيره كأي واقعة من وقائع الدعوى؟

وا إذا ما انتهينا من ذلك كله هل لزاماً على القاضي أن يطبق القانون الذي توصل إلى انه واجب التطبيق كالسابق؟ أم أن هناك موانع تمنع القاضي من تطبيق القانون الأجنبي بالرغم من ثبوت اختصاصه؟ فإذا كان هناك مانعاً فما هي هذه الموانع؟

من هنا تبرز أهمية البحث في أنه يتضمن جانبين الجانب النظري والجانب العملي، بحيث يستطيع الباحث في هذا الموضوع سواء أكان محامياً أم قاضياً أم قارئاً أن يجد فيها ضالته المنشودة إذا ما صادفته مشكلة تنازع القوانين بخصوص رابطة تعاقدية ذات عنصر أجنبي.

وتم حل مشكلة البحث من خلال عرض آراء الفقه والتشريع المقارن والقضاء الوطني والمقارن مع التعليق على موقف المشرع الأردني.

وقد ضمنت كل موضوع من هذه الموضوعات خلاصة عرضت من خلالها رأيي الشخصي فيما تم بحثه والإجابة عليه من وقد قسمت البحث الى فصلين وفق منهجية البحث التالية:

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على الروابط التعاقدية الدولية الخاصة

المبحث الأول: تطبيق قانون الإرادة على الموضوع.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الموضوع عند سكوت الإرادة.

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على شكل العلاقات التعاقدية.

الفصل الثاني

كيفية تطبيق القانون الأجنبي وموانع تطبيقه

المبحث الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي.

المبحث الثاني: إثبات مضمون القانون الأجنبي وتفسيره.

المبحث الثالث: موانع تطبيق القانون الأجنبي

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على الروابط العقدية الدولية الخاصة

تمهيد وتقسيم:

عملت أكثر التشريعات على تطبيق قانون الإرادة كقاعدة عامة على موضوع الروابط التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، وبذلك أخذ الفقه والاجتهاد، كما أخضعتها من حيث الشكل لقانون محل إبرام العقد. لذلك نعرض هذا الفصل في المباحث الآتية:

المبحث الأول: تطبيق قانون الإرادة على موضوع الروابط التعاقدية الدولية الخاصة.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع الروابط التعاقدية الدولية الخاصة عند سكوت الإرادة.

المبحث الثالث :القانون الواجب التطبيق على شكل الروابط التعاقدية الدولية الخاصة.

***

المبحث الأول

تطبيق قانون الإرادة على موضوع الروابط التعاقدية الدولية

تتفق أكثر التشريعات على أن ضابط الإسناد في الالتزامات التعاقدية بحسب الأصل هو القانون الذي تحدده الإرادة المشتركة للمتعاقدين أو كما يطلق عليه البعض قانون الإرادة المشتركة[1] وقد جاء القانون المدني الأردني متضمناً هذا الأصل في المادة 1/20 التي نصت على أن "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها التعاقد وهذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"، ومع ذلك ذكر ضوابط إسناد احتياطية للأخذ بها عند سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[2] لذلك نعرض القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية في المطالب الآتية:

المطلب الأول

نظريتا تطبيق قانون الإرادة ومدى حرية المتعاقدين في اختياره

وضع الفقه نظريتان لتبرير اعتماد مبدأ سلطان الإرادة في خضوع موضوع العلاقات التعاقدية في جميع الالتزامات للقانون الذي اختاره الطرفان المتعاقدان ما لم

([1]) – من هذه التشريعات مع اختلاف في الصياغة المادة 19 مدني مصري – 1/25 مدني عراقي – المادة 59 من القانون الكويتي رقم 5/لسنة 1961 لتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي – الفصل 62 من القسم الأول من الباب السادس من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الصادرة عام 1998– المادة 5/10 من القانون الدولي الخاص الاسباني "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي يختاره الأطراف صراحة..." المادة 1/116 من القانون الدولي الخاص السويسري 1987 على انه "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف..." وفي الاتفاقيات الدولية المادة 1/3 من اتفاقية روما الموقعة في 19/يونيه 1980 "يخضع العقد للقانون المختار بواسطة الأطراف المتعاقدة...." المادة 42 من اتفاقية واشنطن 1965 "تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للنظم القانوني التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة..." المادة 25 من اتفاقية لاهاي 1955 وكذلك المادة 1/7 من اتفاقية لاهاي 1986 بشأن عقد البيع الدولي للبضائع "عقد البيع يسري عليه القانون الذي يختاره الأطراف..". * هذه التشريعات كما وردت في مرجع الدكتور بشار محمد الأسعد – عقود الاستثمار في العلاقات الدولية والخاصة في الصفحات (108–109).

([2]) الدكتور حسن الهداوي – تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني – الطبعة الأولى – دار مجدلأو ي للنشر والتوزيع–عمان – 1993– ص (151).

يخالف النظام العام والآداب العامة هما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية . لذلك نعرض للنظريتين وبيان مدى حرية المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق وفق الآتي:

أولاً – نظريتا أساس تطبيق قانون الإرادة:

صاغ الفقه نظريتين لتبرير الأخذ بتطبيق قانون الإرادة على الروابط التعاقدية في العقود الدولية ذات الطبيعة الخاصة نعرضهما وفق الآتي:

1 – النظرية الشخصية:

استخلص أنصار النظرية الشخصية التي تنتمي إلى المذاهب الفردية ومآلها هو أن العقد الدولي يفلت من حكم القانون ليخضع لسلطان الإرادة[1] ، وصاحب هذه النظرية الفقيه الفرنسي(ديمولان Dumoulin)، إلا أن ديمولان وهو يصوغ قاعدة خضوع العقد للقانون الذي يختاره المتعاقدان أتاه الوحي بها مما قاله فقهاء المدرسة الإيطالية من تعليل خضوع العقد لقانون المحل بالرضاء الضمني للمتعاقدين فما دام أن الخضوع لهذا القانون بمثابة الرضا الضمني فانه يتعين أن يكون لهم اختيار قانون غيره ليحكم عقدهم[2] واستقرت منذ ذلك الوقت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة وأخذ بها القضاء في معظم دول العالم وذلك لاستجابتها لحاجات الحياة العملية، ومنها محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر سنة 1910 والذي قررت فيه "إن القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي تبينه إرادة المتعاقدين" وفسَّر أنصار هذه النظرية اندماج قانون الإرادة في العقد ليصبح مجرد شروط تعاقدية ولكنهم اشترطوا أن تكون إرادة المتعاقدين في هذا الاختيار صريحة فهي التي توجد العقد أي أنها مصدرة وليس القانون وهي إما أن تكون صريحة وا ٍما ضمنية، وقد سادت هذه النظرية أكثر بلاد العالم فقهاً وقضاء ً كما تلقفها المشرعون وأصبحت القاعدة العامة التي تنص على أن العقد يخضع لقانون الإرادة، غير أن هذه النظرية لم تسلم من النقد وذلك من حيث

([1]) – الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – منشأة المعارف – الإسكندرية – 1995.

([2]) الدكتور عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين – الطبعة التاسعة – الهيئة المصرية العامة للكتاب – 1986 – ص 420.

اندماج القانون المختار بإرادة المتعاقدين، واعتبار نصوصه في حكم الشروط التعاقدية فهي تعامل أمام القضاء الوطني على هذا النحو ويقع على عاتق الخصم المتمسك بها مسؤولية إثباتها وتفسيرها[1]؛ إلا أن محكمة النقض الفرنسية عادت عن قرارها السابق في (11، 18) تشرين الأول 1988)؛ إذ اتجهت إلى إلزام القاضي بإعمال قواعد التنازع من تلقاء نفسه، وبالتالي تكليفه بموقف أكثر ايجابية في البحث عن مضمون القانون الأجنبي وتفسيره، إلا أن الرأي الراجح الذي انعقد عليه الفقه والقضاء بأن القانون الواجب التطبيق يحتفظ بصفته القانونية ولا يعتبر من الوقائع التي يتوجب تقديم الدليل على وجوده[2].

2 – النظرية الموضوعية:

يرى أنصار النظرية الموضوعية أن دور الإرادة في تنازع القوانين لا يقتضي إن يكون أكثر من ضابط إسناد في قاعدة نزاع يتعين على أساسه القانون الواجب التطبيق، وان دور الإرادة يكمن في تركيز العلاقة العقدية مما يقتضي البحث عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية وإخضاعها بالتالي إلى قانون هذا المركز[3] وفي تبريرهم لهذه النظرية قالوا إن اختيار قانون العقد لا يستند إلى مطلق سلطان الإرادة كما يدعي أنصار النظرية الشخصية التقليدية وإنما يستند إلى نصوص القانون التي سمحت للإرادة بهذا لاختيار فالإرادة وفقاً لأنصار النظرية الموضوعية قادرة على الاختيار لأن القانون منحها القدرة على الاختيار وهي بالتالي لا تقوى على تحرير العقد من حكم القانون[4].

ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن سلطان الإرادة لا يعمل في ميدان اختيار القانون الواجب التطبيق، بل في ميدان تركيز العقد، فالعقد يتحدد مقره بالنظر إلى الأحداث الخارجية؛ مثل تبادل عبارات التراضي، أو تحرير وثيقة تضمه بلغة معينة،

---

(1) الدكتور عز الدين عبد الله–القانون الدولي الخاص–مرجع سابق – ص 421.

(2) الدكتور عكاشة محمد عبد العال – تنازع القوانين –دراسة مقارنة – الطبعة الأولى – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان 2004 – ص 330.

(3) الدكتور عبده جميل غصوب – دروس في القانون الدولي الخاص –المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – بيروت لبنان – 20085 ص 347–348.

(4) الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق– مرجع سابق ص 268.

أو مكان تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه، وبناءً على هذه الأحداث الخارجية يتحدد مقر العقد بالإرادة ومتى تحدد هذا المقر عين القاضي بالنظر إليه القانون الواجب التطبيق[1] وعملاً بهذه النظرية اخضع الفقيه الألماني سافيني العقد لمكان تنفيذه باعتباره مكان تركيزه، وذلك على أساس قاعدة الخضوع الاختياري، فمن يدخل في علاقة تعاقدية يقبل الخضوع لقانون مركزها[2]، ومثال على النظرية الموضوعية فانه في عقود توريد البضاعة أو الخدمات للأشخاص المستهلكين، أو العقود ذات شروط الائتمان، ففي مثل هذه العقود فان اختيار قانون ليحكم العقد الذي تم بين الأطراف، لا يحتوي على النتيجة التي يتوخاها المستهلك، وانه يتوجب لحمايته أعمال القواعد الإلز امية، وذلك عن طريق تطبيق قانون الدولة التي يقطن بها، وذلك إذا كان احد الوضعيات أو الظروف التالية تنطبق على حالة التعاقد:-

1- إذا كانت تلك العقود قد تمت عن طريق مخاطبات محددة له، أو من قبل إعلان موجه له، واتخذت في تلك الدولة جميع الخطوات الضرورية من قبله لغايات تحقيق نتائج العقد، أو
2- إذا استلم الطرف الآخر أو وكيله أمر المستهلك في ذلك البلد.
3- إذا تم العقد لغايات بيع البضاعة، أي دخل المبيع إلى مكان السوق في بلد المشتري، فإذا دخلت عقود المشتري (المستهلك) في أي من الظروف السابقة فإنها تشتمل على عدم اختيار القانون المطبق، ويجب اعتبار القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يقطن بها المستهلك أو المشتري[3].

لكن هذه النظرية لم تنجح في تقويض قاعدة خضوع العقد لقانون لإرادة التي قال بها أنصار النظرية الشخصية ولا زالت موطدة الدعائم عند القضاء وفي التشريع في معظم بلاد العالم على انه إذا لم يبلغ اثر نقد هذه النظرية (الشخصية) إلى حد التخلي عنها إلى غيرها إلا أنهم أوردوا في شأن أعمالها الكثير من القيود، منها ما

---

(1) – الدكتور عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 433.

(2) – الدكتور هشام علي صادق – تنازع القوانين – مرجع سابق ص 648.

(3) J. H. C. MORRIS – The Conflict of laws London – SWEET and MAXWELL LFO – 1993 – Page 274

يتعلق بكيفية تحديد قانون الإرادة ومنها ما يتعلق بمدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد ومنها ما يتناول مجال تطبيق القاعدة من حيث نوع العقد و من حيث العقد ذاته[1].

ثانياً : مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد:

فعلى الرغم من الأخذ بالنظريتين الشخصية والموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الروابط العقدية الدولية إلا أن الحرية في ذلك تتوزع بين وجهتي نظر الأولى منه تقول بالحرية المطلقة والثانية تقول بتقييد الحرية ونعرض لهما وفق الآتي:

1 – إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق:

سبقت الإشارة إلى أن النظرية الشخصية تمجد مبدأ حرية المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على الروابط التعاقدية الدولية. إلا أن جانباً من المؤيدين لإطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد يرون أن اختيار المتعاقدين لقانون العقد هو الحل الذي قرره المشرع لمشكلة تنازع القوانين في الروابط العقدية ذات الطابع الدولي الخاص، وهم يرون أن حرية المتعاقدين طليقة في هذا الشأن[2]. إذ أن نظام العقود في القوانين الداخلية يتجه اتجاهاً اجتماعياً (مصالح عليا تهم الجماعة) بينما يتسم بالفردية في مجال القانون الدوليالخاص وا إذا كان ذلك فلا يجوز للقاضي أن يصحح اختيار الخصوم لقانون العقد بدعوى انه لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة العقدية بدعوى انقطاع الصلة بينه وبين هذه العلاقة، وقد وجد هذا الاتجاه صداه في التشريعات في مختلف الدول وبدرجات متفاوتة لدى القضاء الوطني بالإضافة للاتفاقيات الدولية، وتجنباً للتكرار راجع التشريعات التي أخذت بهذا المبدأ والمذكورة في بداية هذا المبحث. وفي مجال الاتفاقيات الدولية التي أخذت بهذا الاتجاه اتفاقية روما 1980 في شأن الالتزامات التعاقدية[3] . إذ أن المادة (25) من الاتفاقية نصت على

([1])– الدكتور عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – مرجع سابق ص 427.

([2])– الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق– مرجع سابق ص 332.

([3]) – الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجوز في القانون الدولية الخاص – مرجع سابق ص 421.

اتفاقية روما الموقعة من قبل دول السوق الأوربية المشتركة في 19 حزيران 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية دخلت حيز التنفيذ في 1991/8/1 واتخذت طابعها العالمي من خلال المبدأ

أن: "العقد يحكمه القانون الذي اختاره الأطراف دون أن يقيد هذا الاختيار بأي قيد" وبهذه المثابة يحق للمتعاقدين أن يختاروا قانوناً محايداً لحكم العقد وكذلك اتفاقية لاهاي 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على بيوع المنقولات المادية ذات الصفة الدولية في المادة 1/2 نصت على أن: "يخضع البيع للقانون الداخلي للبلد الذي عينه طرفا العقد"[1]، وكذلك اتفاقية لاهاي 1978 و 1986 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع[2]، وقد اتخذت هذا المسلك دون أن تقيد بدورها إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد وفي مجال التحكيم أيضاً إذا لا تكاد تخلو لائحة من لوائح التحكيم الدائمة ومعاهدة متعلقة بالتحكيم من النص على هذا المبدأ من ذلك قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية التي دخلت حيز التنفيذ في 1991/4/1 وفقاً للمادة 1/17 "على أن للأطراف حرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجب المحكم تطبيقها على موضوع النزاع" والمادة 1/33 من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي "على أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي يعينه الأطراف" كما أخذت بهذه القاعدة معاهدة جينيف المبرمة في 21/ابريل/1961 في المادة 1/7 "على أن يتمتع الأطراف بحرية تحديد القانون الذي يطبقه المحكمون على موضوع النزاع"، وبهذا المبدأ أخذت المادة 1/21 من معاهدة عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 حيث نصت على أن تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وا حكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان"[3]، وكذلك المادة الثانية من المشروع الذي أعده مجمع القانون الدولي في الدورة المنعقدة في بال في سويسرا

العام والذي يتمثل في أن على القاضي الوطني في الدول المصدقة او الموقعة على المعاهدة أن يعمل أحكامها حتى ولو كان القانون الذي اشار بتطبيقه هو قانون دولة غير متعاقدة وتطبق بعض الدول احكام هذه الاتفاقية بالرغم من عدم توقيعها عليها مثل سويسرا. انظر نص الاتفاقية بالإنجليزية منشور على شبكة الانترنت

http://www.jus.uio.no/lm/hcpil.applicable/Low.Song.covention.1986/doc.html.

([1]) - انظر نص الاتفاقية بالانجليزية منشور على شبكة الانترنت

http://www.jus.uion.no/lm/hcpil.applicuble.law.song.covention.1955/doc.html.

([2])- الدكتور هشام علي صادق-القانون الواجب التطبيق-مرجع سابق- ص 336-338.

([3])- الدكتور بشار محمد الأسعد – عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة –منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – 2006 – ص (100-101).

عام 1991 والتي نصت على "أن المتعاقدين أحرار في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم".

2 – تقييد حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد:

يرتد هذا المبدأ إلى فكرة أساسية مؤداها أن الإرادة تعد معيار الإسناد (ضابط الإسناد) في قاعدة التنازع التي وضعها المشرع في دولة القاضي للكشف عن القانون الواجب التطبيق على الروابط العقدية الدولية، وبالتالي فإن اختيار قانون العقد لا يقوم على مطلق سلطان الإرادة وا إنما على قاعدة الإسناد ومن ثم لا يجوز أن ينصرف المتعاقدون في اختيارهم عن أهداف قاعدة الإسناد، وبالتالي يجب أن تختار الإرادة احد القوانين التي تتزاحم لحكم العقد الدولي[1]. فالإرادة مقيدة بضرورة وجود صلة حقيقية بين قانون الإرادة (القانون الذي اختارته) وبين العقد وهي مقيدة في تركيز العقد في مكان معين يعتبر مركز الثقل في العلاقة العقدية فإذا انصرفت بعيداً عن هذا المركز فإنها تكون قد حادت عن الهدف المقصود وهو تركيز العلاقة في المكان الذي ترتبط به فعلاً ويتعين عندئذ عدم الاعتداد بهذه الإرادة[2].غير أن قسماً كبيراً من هؤلاء يرى أن القانون المختار يكون على صلة حقيقية بالعقد ولو لم يكن احد هذه القوانين فيماإذا كان قانون دولة اشتهر ت بوضع عقود نموذجية تتصل بموضوع العقد ويصير نموذجاً لمتاجرة معينة مثل تجارة القطن أو الصوف أو الحبوب ويجوز للمتعاقدين إخضاع عقدهم وفقاً لهذا النموذج بالرغم من عدم وجود صلة بين هذا القانون وعناصر العقد[3].

([1]) – الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق – مرجع سابق–ص 338

([2])– الدكتور فؤاد عبد المنعم والدكتورة سامية راشد – الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي – دار النهضة العربية – القاهرة 1987 – ص 386.

([3]) – الدكتور فؤاد ديب – القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – حقوق الطبع محفوظة لجامعة دمشق – 1986– ص 320.

المطلب الثاني

وقت اختيار قانون العقد وتعدده

تثيرمسألة وقت اختيار العقد وا إمكانية اختيار أكثر من قانون لتطبيقه على الروابط التعاقدية بعض الإشكاليات بين فقهاء القانون الدولي الخاص، ونعرض لذلك وفق الآتي:

<u>أولاً – وقت اختيار قانون العقد:</u>

يقضي الأصل أن يقوم الأطراف عند تحرير عقدهم باختيار القانون الواجب التطبيق عليه بأن يضمنوا عقدهم بنداً يحددون فيه القانون الواجب التطبيق وما من شك بأن تحديد القانون بهذه الصورة يحقق اليقين القانوني اللازم لما يوفره منذ البداية للمتعاقدين من علم بالقانون الذي يحكم عقدهم[1]. لكن التساؤل يثور عما إذا كان بإمكان الأطراف بعد إبرام العقد الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد؟ . لقد كان الفقه التقليدي في البداية يشترط أن يكون اتفاق المتعاقدين في هذه الصورة قد تم عند إبرام العقد، أما الفقه الحديث فلم يعد يرى مانعاً من اتفاق المتعاقدين على القانون في مرحلة لاحقة على إبرام العقد ولو كان الاتفاق المذكور يتضمن تعديل اتفاق سابق بشرط رعاية حقوق الغير والتي تظل خاضعة للقانون الذي كان يحكم العقد منذ البداية[2]. ذلك انه إذا كان للمتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق عند إبرامهم للعقد فإنه من المنطقي السماح لهم بتعديل هذا الاختيار في أي فترة لاحقة على إبرام العقد بل أن ذلك يعتبر بمثابة عدول منهم عن تطبيق هذا القانون[3]، ولقد ذهبت غالبية الفقه إلى ابعد من ذلك في تمكينهم من اختيار قانون لاحق وحتى في مرحلة متأخرة وعند طرح النزاع أمام المحكمة المختصة بالموضوع وقبل الفصل في النزاع وهذا من شأنه التيسير على المتعاقدين وتحقيق فاعلية لقاعدة التنازع المقررة

([1])– الدكتور بشار محمد الأسعد–عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة– مرجع سابق– ص 112–113.

([2])– الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – مرجع سابق– ص 377–378.

([3]) – الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد–الوسيط في تنازع القوانين_ مرجع سابق– ص 385.

لاختصاص قانون الإرادة فما دام أن هذا التحديد من حق الأطراف ابتداءً فإنه يتعين الإقرار بحقهم في الاختيار اللاحق لهذا لقانون[1].

ثانياً – اختيار أكثر من قانون لحكم العقد:

قد يكون من مصلحة المتعاقدين وخاصة من الوجهة الاقتصادية أو التجارية إخضاع العقد لأكثر من قانون, بحيث يخضع العقد في جانب منه لقانون والبعض الأخر لقانون آخر . إذ قد يتفق المتعاقدان على أن قانوناً ما يحكم تنفيذ العقد يختلف عن القانون الذي يحكم باقي جوانبه، وأكثر ما يتحقق هذا التعدد هو بالنسبة لتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد ويقول بعض رجالات الفقه في بعض الدول (مثل ألمانيا) بإخضاع العقد لأكثر من قانون كما يحدث في عقد القرض الذي يشترط أن يقوم المدين بوفاء الدين وفوائده في الدولة التي يحددها الدائن وبعملة كل منها على أن يخضع ما يوفى به وطريقة الوفاء لقانون كل دولة يختارها المدين[2]وإذا كان الحق للأطراف في اختيار قانون معين يحكم عقدهم فان هذا الحق يمنحهم أيضاً تعديل هذا الاتفاق في أي وقت بما في ذلك صرف النظر عن تطبيق هذا القانون المتفق عليه واختيار أكثر من قانون لحكم العقد والتعديل في ذلك الاختيار بشرط أن لا يكون في ذلك التعديل أو الاختيار تحايل على القانون أو إضرار بالغير، وإلا سوف يعتبر مثل هذا الاتفاق غشاً نحو القانون يؤدي إلى استبعاد تطبيق هذا القانون وكذلك إلا يكون فيه مخالفة للنظام العام والنصوص الآمرة في دولة المحكمة (القانون الوطني للقاضي المطروح النزاع أمامه) [3].

المطلب الثالث

كيفية تحديد قانون الإرادة

ينشأ الالتزام التعاقدي بتوافق إرادتين على أحداث أثر يرتبه القانون إعمالاً له، إذ عرفت المادة 87 من القانون المدني الأردني "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من

([1])- الدكتور هشام علي صادق- القانون الواجب التطبيق- مرجع سابق -ص 471 -472.

([2])- الدكتور عز الدين عبد الله-القانون الدولي الخاص- مرجع سابق -ص 443-444.

([3]) – الدكتور ممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان – 2005 – ص 167.

احد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"[1]، ويتضح مما سبق أن الأمر الرئيسي والجوهري في الالتزام التعاقدي هو الإرادة المشتركة لعاقديه فهي تنشئ العقد وهي التي تحدد آثاره. فالإرادة تعمل متحررة من القيود التي تستلزم ورودها في شكل معين حيث لا يلزم أن تكون هذه الإرادة صريحة أو ضمنية فهي حرة لا يلزم إفراغها في شكل معين ودونما ضرورة لمجيء هذا التعبير في صيغة معينة أو في قالب محدد أو شكل خاص ومبدأ سلطان الإرادة ما يزال يسود التصرفات القانونية الداخلية في رحاب القانون الخاص متمتعة بكفايتها الذاتية وإنها حرة وسيدة في إنشاء وتحديد آثار الالتزامات التعاقدية[2]. فهل هي كذلك (الإرادة) في تحديد القانون الذي يحكم العقد الذي أوجدته؟ وهل يلزم أن تكون صريحة؟ آم يكفي أن تكون ضمنية بحيث يمكن استخلاصها عند غياب الإرادة الصريحة؟.

لذا، فإن القانون الواجب التطبيق لن يثير الصعوبة طالما أعلن المتعاقدان صراحة عن القانون الذي يخضع له العقد، ولكن الصعوبة تثور فيما لو سكت المتعاقدان عن الاختيار الصريح لقانون العقد، هل يعتد القاضي بإرادتهم الضمنية في هذه الحالة إذا استطاع الكشف عنها أم أنه يلجأ مباشرة للقواعد الاحتياطية التي أوردها المشرع[3]. لقد علق بعض الفقهاء تطبيق قانون الإرادة في العقود الدولية على شرط أن يعلن المتعاقدان عن اختيارهم لهذا القانون بشكل صريح فلا يصح للقاضي أن يبحث[4] عما يسمى بالإرادة الضمنية وإنما إعمال قاعدة الإسناد لإسناد الرابطة التعاقدية إلى القانون الأوثق صلة بها عن طريق إعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية التي أمر المشرع بها مما يحقق أماناً قانونياً للمتعاقدين أفضل من تخويل القاضي البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين والتي تعد في هذه الحالة مسألة موضوعية

([1])- القانون المدني الأردني رقم 42 لسنة 1976 والذي بدأ العمل به بتاريخ 1977/1/1 نشر في الجريدة الرسمية ص 2 – العدد 2645 تاريخ 1976/8/1.

([2]) – الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية العقد والإرادة المنفردة – دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي – 1984–ص 35–37.

([3]) الدكتور بشار محمد الأسعد –.عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة_. مرجع سابق– ص 106.

([4])- الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق– مرجع سابق– ص 319–321.

تخرج عن رقابة محكمة التمييز, مما قد يؤدي إلى تحكم القاضي والإخلال غير المتوقع من قبل المتعاقدين بتطبيق قواعد قانون لم يختاروه بإرادتهم ولم يتوقعوه.

وهذا ما أخذت به بعض التشريعات الحديثة والتي لم تعتد إلا بالإرادة الصريحة مثل القانون الدولي الخاص التركي في المادة (24) الصادر سنة 1983، والمادة (5/10) من القانون الدولي الخاص الإسباني "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي يخضع له الأطراف صراحة"[1]. إلا أن أكثر التشريعات تأخذ بمبدأ المساواة بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية إذ ير ى بعض الفقهاء إن هناك حالات يتأكد منها القاضي من وجود إرادة ضمنية[2]، وحقيقية في الاختيار يجب الاعتداد بها وان عدم الاعتداد بها وا إلحاقها بالفرض الخاص بعدم اتفاق المتعاقدين على اختيار قانون العقد أمر يناقض المنطق السليم، لما يؤدي إلى تجاهل قاعدة الإسناد التي تخضع العقد لقانون الإرادة، ولهذا يرى بعض الفقهاء في حالة تخلف الإرادة الصريحة وجوب البحث عن إرادة المتعاقدين الضمنية شريطة أن يتم ذلك من خلال قرائن مؤكدة تدل على وجود هذه الإرادة بحيث يستطيع القاضي أن يستدل من هذه القرينة على اتجاه إرادة الخصوم إلى اختيار هذا القانون، أو ذاك من خلال دراسة ظروف العقد وعدم الاقتصار على عنصر دون آخر وكأمثلة على هذه القرائن: اختيار المحكمة المختصة شرط التحكيم يشير إلى دولة معينة ، ومكان موقع المال، موضوع العمل، وعملة الدفع، ومكان تسجيل العقد لدى موثق دولة معينة[3]، وتنفيذ العقد، وكتابة العقد بلغة معينة، واستخدام مصطلحات ترجع إلى قانون دولة معينة[4] ويرى **بعض الرافضين لحرية القاضي في البحث عن الإرادة الضمنية من وجهة نظرهم في شأن ما قد تؤدي إليه هذه الحرية من تحكم قد يخالف الحقيقة ويستندون في ذلك إلى أن سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد لا يتعداحد أسباب ثلاثة هي:**

1- ألا يكون المتعاقدين قد تنبهوا للمشكلة أصلاً .

([1])- الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق- مرجع سابق- ص 328.

([2]) – الدكتور بشار محمد الأسعد –عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة مرجع سابق ص 107.

([3]) – الدكتور سامي بديع منصور – الوسيط في القانون الدولي الخاص – دار العلوم العربية – بيروت – لبنان – 1994 – ص 229.

([4]) – الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – مرجع سابق ص 379.

2- ألا تكون مشكلة التنازع ظاهرة عند إبرام العقد كأن يتطرق العنصر الأجنبي للرابطة العقدية لاحقاً لها كما لو طلب المشتري تسليم البضاعة في الخارج مما يجعل العقد ذو عنصر أجنبي بتاريخ لاحق.

3- أما السبب الثالث لسكوت المتعاقدين فهو اختلافهم منذ البداية على اختيار القانون الذي يحكم العقد.

ولذلك، فإنه من الفروض الثلاثة يصعب الادعاء بوجود إرادة ضمنية في اختيار هذا القانون وبالتالي فإن تصدي القاضي البحث عما يسمى بالإرادة الضمنية سوف يؤدي إلى تطبيق قانون لا يتوقع المتعاقدان تطبيقه لسبب بسيط وهو انه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية[1].

وقد اعتنقت المادة (2/25) من اتفاقية لاهاي لسنة 1955 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية الاتجاه السابق بالنص على أن"**يكون اختيار الأطراف لقانون العقد صريحا أو مستخلصاً على سبيل ألحتم من نصوص العقد**" وهو ما يشكل قيداً على سلطان القاضي طبقاً لهذا النص، وفي ويشير الفقه إلى أن حرص المتعاقدين على النص على إخضاع المنازعة في العقد لاختصاص محاكم دولة معنية يعد دلالة واضحة على رغبتهما الضمنية في تطبيق قانون هذه الدولة على موضوع الرابطة العقدية وكذلك إشارتهم إلى نصوص قانون معين أو استخدام اصطلاحات واردة في قانون ما وتحرير العقد بمعرفة موثق تابع لدولة معينة واللغة التي يحرر بها العقد كل هذه الظروف والملابسات قد تكشف وبشكل واضح عن اتجاه ارادة المتعاقدين الضمنية نحو الاعتداد بقانون معين[2] ومن الملاحظ أن المادة (2/2) المذكورة سابقاً قيدت أن يكون هذا الاستخلاص من نصوص العقد ذاتها وهو ما انتقده جانب من الفقه وليس من الظروف الملابسة للتعاقد وقد كان لهذا النقد وقعه في **اتفاقية لاهاي لسنة 1978 فقد نصت المادة (2/2) في هذه الاتفاقية على"وجوب أن يكون اختيار قانون العقد صريحاً أو يمكن استخلاصه بتأكد معقول من نصوص العقد وظروف الحال**" وكذلك الأمر في معاهدة روما 1980

---

(1) – الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق –مرجع سابق– ص 328.

(2)– الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – مرجع سابق – ص 378.

في شأن القانون الواجب التطبيق على **الالتزامات التعاقدية والتي اشترطت المادة (1/3)** "**أن يكون استخلاص القاضي للإرادة الضمنية قد تم على نحو مؤكد**"

ويقترب ذلك مما انتهى إليه المشروع الذي أعده مجمع القانون الدولي الخاص في دورة انعقاده بمدينة (بال) في سويسرا عام 1991 والتي نصت المادة (2/3) منه على انه عند عدم وجود اختيار صريح لقانون العقد فانه يتعين أن يستخلص الاختيار الضمني لهذا القانون من ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشأن[1] وقد أخذ بهذا الاتجاه في مجال التشريعات الوطنية القانون الدولي الخاص الألماني والقانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 حيث نصت المادة 1/16 منه أن "**اختيار القانون يجب أن يكون صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من الظروف**" [2]. مما سبق يتبين أن على القاضي في حالة غياب الاختيار الصريح لقانون العقد فإن القاضي يجد نفسه مضطراً لاستجلاء إرادة الأطراف الضمنية من خلال القرائن السابق ذكرها والمؤثرات التي تدل على وجود هذه الإرادة بوصفها إرادة ضمنية وموجودة تنبئ عن ميل واضح وان كان كامناً في اختيار قانون معين لحكم العقد وكل ما هنالك أن هذه الإرادة لم يتم التعبير عنها بشكل واضح وصريح وبالتالي فلا يمكن إغفالها وإن إغفالها يتعارض مع مقتضيات العدالة، فالقاضي المطروح أمامه النزاع المتعلق بالرابطة العقدية الدولية الخاصة أو العقد الدولي يبحث أولاً عن الإرادة الصريحة للمتعاقدين في تطبيق قانون معين على العقد فإن لم يجد مثل هذه الإرادة الصريحة فإنه يبحث عن إرادتهم الضمنية وذلك من خلال الظروف المحيطة بالتعاقد والتي سبق توضيحها، كالجنسية أو الموطن أو عملة الوفاء أو اللغة... الخ، وهذه الإرادة التي يكشف عنها القاضي من هذه الظروف هي ارادة حقيقية ومبنية على اساس ما كان المتعاقدين ليفعلوا من اختيار قانون لحكم العقد لو اتجهت إرادتهم الى اختيار قانون معين أو أتيحت لهم فرصة التعبير الصريح عن

---

(1) -الدكتور. هشام على صادق- القانون الواجب التطبيق-مرجع السابق- ص 330-331.

(2) - انظر نص هذا القانون منشور على شبكة الانترنت:

http://www.admin.ch/ch/f/rs/291.

إرادتهم[1]. فقد نص المشرع الأردني في المادة (1/20) على أن "يسري الالتزامات التعاقدية.... هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك" وهي تقابل المادة 19 مدني مصري وكذلك أخذت بهذا المبدأ معظم التشريعات العربية، ويعطي هذا النص الأولوية للإرادة الصريحة التي يعبر عنها المتعاقدان في متن العقد نفسه، وا إذا لم تظهر هذه الإرادة الصريحة يعتد بالإرادة الضمنية التي يتولى قاضي الموضوع الكشف عنها من خلال ملابسات وظروف العقد التي سبقت الإشارة إليهاوعلى الرغم من أن المشرع الأردني لم ينص كما فعل المشرع المصري وبقية التشريعات العربية صراحة على الأخذ بالإرادة الضمنية، إلا أننا نجد أنه أوضح في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني بوجوب الأخذ بها إذ أورد بخصوص المادة (20) أن الالتزامات التعاقدية يسري عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمناً مع مراعاة الأحكام المقررة في المادتين (20 و 21)، ويلاحظ أن المشروع قد اختار صيغة مرنة لا تقطع على القضاء سبيل الاجتهاد ولا تحول دون الانتفاع في كل تطور مقبل في حركة الفقه[2]، وهذا ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز الأردنية في القرار رقم (1979/128) تاريخ 1979/6/16 إذ قررت مبدأ عاماً بالقول "إن الاتفاق على تطبيق القانون الألماني على النزاعات الناشئة عن العقد هو شرط صحيح ومتفق مع نص المادة (1/20) من القانون المدني وكذلك مع العرف الدولي في أن قانون محل العقد هو الذي يطبق على النزاع الناشئ عنه"[3].

ونخلص مما تقدم أن قاعدة اختيار القانون الواجب التطبيق بالإرادة المشتركة للمتعاقدين على الرابطة التعاقدية هي القاعدة العامة التي تأخذ بها أكثر التشريعات والاتفاقيات الدولية مع اختلاف في بعضها بخصوص الأخذ بالإرادة الضمنية ومن استقراء وتحليل نص المادة (1/20) مدني أردني وكذلك المادة 19 مدني مصري والنصوص المتشابهة نجد أن هذه هي القاعدة العامة مع الأخذ بضوابط إسناد

([1]) الدكتور صفوت أحمد عبد الحميد – دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – 2005 – ص (147-148).

([2]) لطفاً انظراً المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني – الجزء الأول – بخصوص المادة (20) من القانون المدني ص (48-49).

([3]) – تمييز حقوق منشور على الصفحة 1496 مجلة نقابة المحامين الأردنيين –بتاريخ 1980/1/1)

احتياطية مع ملاحظة أن المشرع المصري وكذلك التشريعات العربية أكثر وضوحاً في البحث عن الإرادة الضمنية حيث أوردت المادة في نهايتها "**أو يتبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه**"إ ذا كانت هذه هي القاعدة العامة فإنني لم أجد ما يمنع من اختيار المتعاقدين في اتفاق لاحق على العقد للقانون الذي يحكمه أو ان يختاروا قانوناً يحكم العقد في جملته وقوانين أخرى تحكم بعض جوانبه أو تعديل هذا الاختيار باتفاق لاحق على إبرام العقد، كل ذلك محكوم بأن لا ينطوي هذا التعديل أو الاختيار لأكثر من قانون على مخالفة النظام العام، أو غشاً نحو القانون، لأن ذلك سوف يؤدي إلى تعطيل حكم قانون الإرادة باعتبارهما موانع تمنع من تطبيق القانون الأجنبي حسب نص المادة (29) من القانون المدني الأردني **وهذا الرأي** أجد سنده في نص المادة (25) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه"**تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين**" كذلك ما ورد في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني بخصوص المادة (1/20)حيث أوردت ويلاحظ أن المشروع قد اختار صيغة مرنة لا تقطع على القضاء سبيل الاجتهاد ولا تحول دون الانتفاع من كل تطور مقبل في حركة الفقه[1].

ومع أن المشرع الأردني لم يفصح في نص المادة (1/20) على وجوب الأخذ بالإرادة الضمنية إلا أنه في المادة (93) من القانون المدني الأردني التي نصت: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي".

يتضح من هذا النص أن المشرع الأردني قد أخذ بالإرادة الصريحة وذلك بالإرادة الضمنية وساوى بينهما في التعبير عن الإرادة، وبما أن نص المادة (1/20) جاء مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه فهذا يعني أن المقصود بالإرادة هي الإرادة الصريحة والضمنية التي يمكن القاضي استخلاصه من ظروف التعاقد وملابساته[2].

([1]) – المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني – الجزء الأول – ص 49.

([2]) – الدكتور أحمد الفضلي – الموجز في القانون الدولي الخاص – الطبعة الأولى – دار قنديل للنشر والتوزيع – عمان – الأردن – 2004 – ص 138.

ومع أنني لم أجد في الاجتهادات الخاصة بمحكمة التمييز الأردنية أي اجتهاد بهذا الخصوص، إلا أن هذا لا يمنع المحكمة من الأخذ بهذا الرأي فيما لو عرض عليها نزاع متعلق بهذا الأمر استناداً لما ورد.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على الروابط العقدية

عند سكوت الإرادة عن الاختيار

من المستقر عليه في مبادئ القانون الدولي الخاص المعاصر انه عند سكوت الإرادة عن الاختيار **الصريح** **أو** **الضمني** للقانون الواجب التطبيق على العقد فلا يجوز للقاضي البحث عن ما يسمى **الإرادة المفترضة** للأطراف ذلك إن إرادة المتعاقدين إما أن تكون صريحة أو ضمنية أما الإرادة المفترضة فهي مجرد وهم ومجاز[1] ولا يجوز الاستناد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق لأن الإرادة إما أن توجد أو لا توجد فالإرادة المفترضة مجرد وهم وتصور مجازي يتنافى مع الإرادة الحقيقية[2] للمتعاقدين سواء تم التعبير عن هذه الإرادة بشكل صريح أو تم التعبير عنها بشكل ضمني[*]. ولكن ما هو الحل في هذه الحالة التي تسكت فيها الإرادة عن تحديد القانون الذي يحكم العقد؟.

اتجهت التشريعات ثلاثة اتجاهات قال بها الفقه لإسناد الرابطة التعاقدية في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار وبدراستها نكون قد انتهينا من تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية من حيث الموضوع، ولكن ما هي المسائل الداخلة في مضمون الفكرة المسندة أي المسائل الداخلة في موضوع الالتزام التعاقدي؟ ثم أخيراً هل تخضع جميع أنواع العقود للفكرة الخاصة بالالتزامات التعاقدية الواردة في المادة 20من القانون المدني الاردني أم أن هناك عقود تخرج عن مضمون هذه الفكرة؟ كل هذه المسائل سوف أبحثها في هذا المبحث وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: مناهج إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به.

المطلب الثاني: المسائل الداخلة في فكرة الالتزامات التعاقدية.

([1]) الدكتور بشار محمد الأسعد – عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة–... مرجع سابق ص 253.

([2]) الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – مرجع سابق ص 380.

(*) يرى البعض ان ما يسميه القضاء إرادة مفروضة هو في حقيقة إرادة مفتر ضة والفارق ما بين الاثنتين هو ان الأولى تؤخذ على انها حقيقة تنهض على قرينة في حين ان الثانية تؤخذ على انها مجرد افتراض تصوري لا أساس له في الواقع.

المطلب الثالث: مجال تطبيق الفكرة المسندة للرابطة التعاقدية من حيث نوع العقد.

المطلب الأول

مناهج إسناد العقد للقانون الاوثق صلة به

تتعدد مناهج إسناد العقد عند سكوت الإرادة بين الإسناد الجامد ، والاسناد المرن،ونظرية الأداء المميز ، ونعرض ذلك وفق الآتي:

أولاً – منهج الإسناد الجامد:

طبقا لهذا الاتجاه يحدد المشرع سلفاً وبصفة مسبقة القانون الذي يراه أكثر صلة بالرابطة التعاقدية عند سكوت الإرادة. ومع أن هذا الاتجاه يتميز بأنه يكفل للمتعاقدين بيان العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد عند سكوتهم عن اختياره مما يحقق الأمان القانوني الذي ينشدونه ويؤدي إلى استقرار المعاملات الذي تتطلبه التجارة الدولية من ناحية أخرى[1]،كونه يحدد القانون الواجب التطبيق عن طريق إيراد المشرع ضوابط معينة يلتزم القاضي بتطبيقها ولا مجال للاجتهاد بشأنها وهو بهذا النحو يعبر عن وجهة نظر المشرع فيما يراه اقرب القوانين صلة بالعقد مثل قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدين بجنسيتهم أو موطنهما المشترك أو بلد إبرام العقد أو بلد التنفيذ ولكن يؤخذ على هذا الاتجاه افتراضه المسبق للقانون الأوثق أو الأقرب صلة بالرابطة التعاقدية مما يعني تجاهله للطبيعة الذاتية للعلاقة التعاقدية أو لظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة. والملاحظ انه أكثر المعايير شيوعاً لدى القضاء والتشريعات المعاصرة وكأساس لهذا الإسناد الجامد يوجد معيارين هما معيار بلد الإبرام ومعيار بلد التنفيذ. على أن المشرع الأردني اخذ بمعيار بلد الإبرام فقط لذلك سأتعرض له دون معيار بلد التنفيذ[2].

يمثل هذا المعيار الرأي القانوني الذي كان سائداً منذ مدة طويلة لأن قانون المكان يحكم الموضوع والشكل للتصرف القانوني في وقت واحد على أساس أنه حل

([1]) الدكتور هشام علي صادق –القانون الواجب التطبيق – مرجع سابق ص 416.

([2]) الدكتور بشار محمد الأسعد – عقود الاستثمار – مرجع سابق 256.

عملي وسريع يوافق وجهات النظر بين أصحاب العلاقة من جهة والدولة التي تم فيها إبرام العقد من جهة أخرى(1).

لذا كان معيار بلد الإبرام هو السائد لدى القضاء الانجليزي والفرنسي القديم حيث كانت هذه القاعد ذات طابع إلزامي ولم تكن لإرادة المتعاقدين القدرة على اختيار قانون آخر ولعل حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر سنة 1910 قد عبر عن هذا الاتجاه حيث قرر **إن القانون الواجب التطبيق على العقد عند سكوت الإرادة عن الاختيار صراحة أو ضمنا هو قانون بلد الإبرام وذلك فيما لو كان المتعاقدون مختلفي الجنسية**". وهذا هو اتجاه القضاء الانجليزي القديم، وحقيقة الأمر أنه توجد من أوجه المفاضلة التي تجعل من محل إبرام العقد أجدر من غيره بالاعتبار في شأن تحديد القانون الذي يحكم العقد وهو أول حدث في حياة العقد وهو غالباً ما يتصف بالوحدانية عل خلاف محل التنفيذ الذي قد يكون متعدداً بعقل واحد وقد لا يكون محدداً ابتداء ً ومع هذا اشترطت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها سنة 1932 لتؤكد إسناد العقد إلى قانون بلد إبرام العقد إذا كان هو بلد التنفيذ ايضاً معللة ذلك بأنه يمكن التغلب على صعوبة عدم وحدانية المحل بالاعتداد بمحل التنفيذ الرئيسي(2).

أخذت العديد من التشريعات بهذا المنهج ومنها القانون المدني الأردني في المادة 1/20 "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك إذا اتحدا موطناً فان اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك" وكذلك القانون المدني المصري في المادة 1/19 بنفس النص السابق والمادة 20 من القانون المدني السوري والمادة 25 مدني عراقي المادة 1/19من القانون المدني الليبي و المادة 18 من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين ,إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم امكان ذلك,يطبق قانون الموطن المشترك او الجنسيه المشتركة". وبنفس الصيغة أخذت المادة 1/20 مدني مصري.

---

(1) الدكتور ممدوح عبد الكريم – تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية – دار الثقافة – عمان – 2005 – ص 172.

(2) الدكتور عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – مرجع سابق – ص 424-425.

ومن التشريعات الأجنبية القانون المدني الاسباني المادة 5/11 منه والتي تنص على أن "**تخضع الالتزامات التعاقدية في حالة تخلف قانون الإرادة الصريحة لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إن اتحدا جنسية وعند تخلفه فلقانون محل إقامتهما العادية المشترك وا ٍ لا فقانون محل إبرام التصرف**" وكذلك المادة 25 من القانون المدني الايطالي حيث وضع قانون مكان إبرام التصرف في المركز الثاني بعد قانون الجنسية... وكذلك القانون السوفيتي حيث نصت المادة 126 من مبادئ التشريع المدني الصادر سنة 1961 "**تخضع حقوق والتزامات أطراف التصرف المتعلق بالتجارة الخارجية لقوانين المكان الذي ابرم فيه، ما لم يتفق هؤلاء الأطراف على غير ذلك**"، ويأخذ بتطبيق هذا الضابط كل من القضاء في فرنسا وبلجيكا وهولندا واسبانيا وانجلترا والولايات المتحدة الأمريكية(1), كما اخذ به القضاء المصري والقضاء الأردني في عدة قرارات منها قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2006/3876 (هيئة خماسية) تاريخ 2007/3/8 إذ قررت "... **وان قانون الدولة التي تم فيها العقد هو الذي يسري على تلك الالتزامات إن اختلفا موطناً كما تقضي بذلك المادة 1/20 من القانون المدني الأردني...)وكذلك القرار رقم 2004/3210 تاريخ 2005/1/16 الذي جاء فيه "..... وحيث إن المتعاقدين ليس لهما موطن مشترك فان القانون الواجب التطبيق هو القانون الكويتي قانون الدولة التي تم فيها التعاقد وبالتالي فان تطبيق محكمة الاستئناف لقانون التجارة الكويتي محل الدعوى يكون متفقاً وأحكام القانون**". وكذلك القرار رقم 2003/2414 (هيئة خماسية تاريخ 2003/10/30 الذي جاء فيه "**يستفاد من المادة 1/20 من القانون المدني الأردني إن الالتزامات التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي تم التعاقد فيها**"(2). إن عقد الاختصاص لقانون محل إبرام العقد يستلزم بالضرورة تعيين هذا المحل على ان هذه المشكلة لا تطرح فيما إذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد حيث تأخذ معظم التشريعات بالمكان الذي ارتبط فيه الإيجاب بالقبول كمكان لإبرام التصرف ولكن المسألة أكثر دقة وبحاجة إلى البحث فيما لو كان المتعاقدين لايظمهما مجلس واحد

---

(1) الدكتور عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص ج2... مرجع سابق ص 434.

(2) – أحكام محكمة التمييز الحقوقية –منشورات مركز عدالة– نظام محوسب – عمان– الاردن.

عند العقد ويرى رجال الفقه أن هذا التعيين يجب أن يكون وفق قانون القاضي لأنه يدخل في نطاق تفسير قاعدة الإسناد الداخلية أي في نطاق التكييف والتكييف من اختصاص القاضي , وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية من اعتبار تعيين محل إبرام العقد في التعاقد بين غائبين مسألة موضوعية وكذلك قضت محكمة روما في 5 أكتوبر 1951 بأنه إذا لزم تعيين محل إبرام العقد فيما بين غائبين لتطبيق قاعدة الإسناد الواردة في المادة 25 من الباب التمهيدي من القانون المدني وجب على القاضي الايطالي الرجوع إلى أحكام القانون الايطالي التي تقضي بأن التعاقد بين غائبين يعتبر قد تم في الوقت وبالتالي المكان الذي علم فيه الموجب بقبول الإيجاب[1] ويعد القانون المصري التعاقد بين غائبين قد تم في مكان العلم بالقبول حيث تنص المادة 99 مدني مصري "يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول..." أي أن المشرع المصري اخذ بمذهب العلم بالقبولو هناك بعض التشريعات ومنها القانون المدني الأردني قد أخذت بنظرية صدور القبول في المادة 101 مدني أردني "**إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول إذا لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك**"[2] ومن التشريعات التي تعتد بصدور القبول مدونة الالتزامات والعقود التونسية في المادة 38 وكذلك المدونة المغربية والقانون المدني اللبناني في المادة 1840 ومنها ما يعتد بتصدير القبول مثل مدونة الالتزامات السويسرية المادة 10 ومن التشريعات أيضاً ما يعتد في تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه بوصول القبول إلى الموجب له مثل القانون الألماني المادة 130 ومنها ما يعتد بالعلم بالقبول لتحديد مكان إبرام التصرف مثل القانون الاسباني في المادة 1262 وكذلك القانون الليبي المادة 97 والقانون العراقي المادة 87 والقانون الكويتي المادة 49[3].

ثانياً – منهج الإسناد المرن:

([1]) – الدكتور عز الدين عبد الله–.القانون الدولي الخاص– مرجع سابق– ص 434.

([2]) – الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية العقد.– مرجع سابق.– ص 160.

([3]) – الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية العقد– مرجع سابق ص 161.

يتسم هذا المنهج على عكس المنهج الجامد بمزيد من المرونة في الإسناد وذلك وفقاً لمقتضيات التعاقد ودواعيه في كل حالة على حدة سعياً لتحقيق العدالة على نحو أفضل، بحيث يتوجب على القاضي البحث في كل حالة على حدة للوصول إلى اقرب القوانين صلة بالرابطة التعاقدية[1]، وعلى هذا النحو فهو يقوم على التركيز الموضوعي للرابطة التعاقدية وفقاً لظروف التعاقد وملابساته وقد قاد هذا الاتجاه باتيفول متأثراً بالقضاء الانجليزي وقد اخذ به القضاء الفرنسي الحديث قبل نفاذ معاهدة روما في فرنسا[2]. وكان للتناقض الذي حملته قاعدة الإسناد التقليدية اثره من ناحيتين: **الأولى** تتعلق بدعوات مقابلة تطالب بتوفير المرونة الكافية للقواعد الخاصة بالإسناد لتستطيع تأمين عدالة أفضل تتفق مع مقتضيات النزاع، والثانية تتعلق بدعوات مقابلة تطالب بتوفير المرونة الكافية للقواعد الخاصة بالإسناد ولتستطيع تأمين عدالة أفضل تتفق مع مقتضيات النزاع، وتحت وطأة النقد الشديد من قبل الفقه الأمريكي الذي وصل إلى حد المطالبة بإهدار قاعدة الإسناد و الاستغناء عنها وبين وجوب تأمين قانون مرن وغير جامد ووجوب توقع الحلول وتوفير الأمن القانوني... اندفع الفقه الأوروبي نحو البحث عن وسيلة فنية خاصة تستجيب للمعطيات المستجدة وبنفس الوقت تحترم قاعدة الإسناد التقليدية، فهم لم يتخلوا (الأوروبيون) عن قاعدة الإسناد كمنهج لتحديد القانون الواجب التطبيق، ولكنهم عملوا على إصلاح وتجميل صورتها محاولين قدر المستطاع تخفيف الطابع الآلي لها سعياً نحو تحقيق مرونة أفضل وامتن[3]. وبمقتضى فكرهم الجديد إذا أشارت قاعدة الإسناد التقليدية الواجبة التطبيق إلى قانون ما، بينما هناك قانون آخر يعبر عن مركز الثقل أو ذا صلة أوثق مع النزاع المطروح ينبغي برأيهم عدم الاعتداد قصداً أو عمداً لما أشارت إليه قاعدة الإسناد والعمل على تطبيق القانون الآخر الذي يعبر أكثر من غيره عن تركيز العلاقة في مقرها الطبيعي نظرا لقوة ارتباطه بالنزاع وهذه الفكرة وتلك الظاهرة المستجدة انتشرت في مختلف الدول الأوروبية

([1])- الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق- مرجع سابق – ص 425.

([2]) – الدكتور بشار محمد الأسعد – عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة – مرجع سابق ص 257.

([3]) = محمود محمود المغربي – في اشكالية تقنين القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة- المؤسسة الحديثة للكتاب – طرابلس – لبنان – 2007 – ص 51.

وتبنتها أغلبية التشريعات واعتمدتها المحاكم[1]. فقد اسند القضاء الانجليزي الروابط التعاقدية الدولية إلى ما اسماه بالقانون الخاص بالعقد (The proper law of contract) والذي يحدده القاضي من ظروف التعاقد وملابساته وكذلك تابع القضاء الفرنسي قبل نفاذ معاهدة روما الاتجاهات القضائية والتي أسندت العقود للقانون الأوثق صلة بها في ضوء ظروف التعاقد وملابساته حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها 26 يوليو سنة 1959" انه إذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وملابساته"[2] ، وهذا هو مسلك القضاء الإنلجيزي أيضاً والذي يجري على اسناد العقد عند غياب الإرادة وعدم تحديدها للقانون المختص للقانون السائد في الدولة التي تشكل مركز الثقل في العلاقة العقدية[3].

يمكن القول أن هذا المنهج يحقق العدالة عن طريق تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد بناءً على الظروف والملابسات المرافقة للتعاقد في كل حالة على حدة مراعياً في ذلك الطبيعة الذاتية لكل عقد من العقود على حده إلا انه يؤخذ عليه المآخذ الآتية:

1- أن تطبيقه يؤدي إلى إهدار عنصر الأمان القانوني مما يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأفراد المسبقة للقانون الذي سوف يحكم عقدهم وذلك كونهم لا يعرفونه على وجه اليقين والتحديد حيث إن القاضي هو الذي سوف يقوم وبسلطته الواسعة وفق هذا المنهج بتحديد القانون الأوثق صلة بعقدهم ومن ثم يصبح هو القانون الواجب التطبيق عليه، وبالتالي فإنهم سوف يفقدون الأمان القانوني الذي ينشدونه وربما كان ذلك التطبيق لا يصون توقعاتهم المشروعة من ناحية، ومن ناحية أخرى يؤدي إلى عدم الاستقرار الذي تتطلبه التجارة والتعاملات الخاصة الدولية.

2- إن تطبيق هذا المنهج وبما يعطيه للقاضي من سلطة تقديرية واسعة بتحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية بناء على العناصر الشخصية

([1]) الدكتور محمود محمود المغربي–في اشكالية تقنين القانون الدولي الخاص–مرجع سابق... ص (52–53).

([2])– الدكتور بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة.... مرجع سابق، ص 258.

([3]) –الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – مرجع سابق ص 381..

والموضوعية مما يؤدي بالتالي ووفقاً لهذا المنهج بقيام القاضي بعملية التركيز الموضوعي للعقد وليس المشرع وهو بالتالي يقوم بذلك ودون أن يحدد له المشرع أي ضابط أو موجه في ذلك فكأنما أصبح القاضي ووفقاً لهذا الاتجاه مكان المشرع في تحديد القانون بلا أي ضوابط تشريعية.

3- إن القاضي وهو يقوم بتحديد القانون الأوثق بالعقد بناء على ملابسات التعاقد وظروفه إنما يمارس سلطة موضوعية وبالتالي يخرج هذا التحديد عن سلطة ورقابة المحكمة العليا (التمييز) وليس أدل على ذلك ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية السابق الصادر في 26/يوليو/1959 "إذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وملابساته".

ثالثاً - نظرية الأداء المميز:

يعد إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به من خلال نظرية الأداء المميز من احدث الاتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية حيث ظهرت فكرته أولاً في الفقه والقضاء السويسري وتقوم فكرة الأداء المميز في العقد على تفريد معاملة العقود ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على كل فئة متماثلة من هذه العقود حيث يتوجب على القاضي أن يقوم بالتركيز الموضوعي للرابطة التعاقدية في ضوء طبيعتها الذاتية والتي يمكن لنا منذ البداية تحديد الأداء المميز فيها أي الالتزام الجوهري حيث يتم إسناد الرابطة التعاقدية في مجموعها إلى قانون مكان الالتزام المفترض للأداء الرئيسي فيها[1].

فالعقد الذي يبرمه المحامي مع موكله الأجنبي يخضع مثلاً لقانون الدولة التي سوف يمارس المحامي نشاطه فيها باعتبار إن أداء المحامي هو أداء مميزاً على خلاف أداء الموكل (التزامه بدفع الإتعاب) كذلك البائع في عقد البيع (الالتزام بتسليم الشيء المبيع) يعد أداءً مميزاً على خلاف أداء المشتري (الالتزام بدفع الثمن) وعلى هذا النحو تخضع العقود وفقاً لهذه النظرية لقانون محل إقامة المدين بالأداء المميز فيها (محل إقامة البائع ومحل أداء المحامي) وهو المكان الذي يفترض مسبقاً انه محل

([1]) – الدكتور بشار محمد الأسعد – عقود الاستثمار – مرجع سابق – ص 262.

هذا الأداء[1] وقد استخدم القضاء الألماني منهج الأداء المميز عند التصدي لتركيز العقد في كثير من إحكامه متأثراً في ذلك بالقضاء السويسري بصفة خاصة، إلى أن صدر تشريع القانون الدولي الخاص الألماني عام 1986 والذي اعتنق بنصوص صريحة نظرية الأداء المميز[2] وهذا ما تأكد بتوقيع ألمانيا وانضمامها الى اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي اتخذت بدورها من نظرية الأداء المميز محوراً أساسيا لإسناد العقود الدولية في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك في المادة الرابعة ".... الى قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصاً اعتبارياً "[3].

أخذت بهذه النظرية المادة 117 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 حينما نصت على انه: "1 – يسري على العقد عند غياب اختيار القانون قانون الدولة التي بها أكثر الروابط وثوقاً . 2 –وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدم الأداء المميز"[4].

وكذلك القانون الألماني في المادة 28 من القانون الدولي الخاص الألماني الصادر سنة 1986 على انه "1 –عند سكوت الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق يتم إسناد العقد الدولي إلى قانون الدولة الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية. 2 – ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند إبرام العقد محل الإقامة المعتاد وللطرف الذي يتعين أن يقوم بالأداء المميز في العقد". ويلاحظ أن نص القانون الألماني أكد بشكل واضح أن لحظة تقدير أو تحديد الأداء المميز هو وقت إبرام العقد الأمر الذي من شأنه أن يصون للمتعاقدين توقعاتهم المشروعة ويحقق على هذا النحو الأمان القانوني الذي ينشدونه منذ البداية[5].

([1]) –الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص_مرجع سابق ص 382.

([2]) – الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق– مرجع سابق_ ص (440 –441).

([3]) – المرجع السابق.. ص 446.

([4]) – نص القانون منشور على شبكة الانترنت– http://www.admin.ch/ch/f/rs/291.

([5]) – الدكتور بشار الأسعد –عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة– مرجع سابق ص 261.

وعلى النحو تحول قضاء المحكمة الفيدرالية السويسرية نحو نظرية الأداء المميز ففي حكم لها صدر في 11 مايو 1969 انه "وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص السويسري تخضع الروابط التعاقدية الدولية وعند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يرتبط بالعقد بأوثق صلة إقليمية وهو بصفة عامة قانون محل إقامة الطرف الذي يعد أداؤه مميزاً في العقد محل النزاع". وجاء في حكم آخر صدر في عام 1965 وبعد أن قررت المحكمة الفدرالية السويسرية مبدأ إسناد العقود للقانون الأوثق صلة بها وهو القانون السائد في محل الأداء المميز حددت المقصود بهذا الأداء في إطار عقود بيع المنقولات بأنه التزام البائع بتسليم المبيع". وهكـــــــذا استقرت نظرية الأداء المميز وذلك بصدور القانون الدولي الخاص السويسري الجديد عام 1988 ليؤكد هذا الاتجاه بنصوص صريحة[1].

لما تقدم تحقق نظرية الأداء المميز المرونة المتطلبة لإدراك العدالة لكونها تفرق في الإسناد بين طوائف العقود ذات الطبيعة المتنوعة دون ان يؤدي ذلك إلى الإخلال بتوقعات الأفراد لكون اختلاف التركيز لا يرتد إلى تنوع ظروف التعاقد وا نما إلى طبيعة الرابطة العقدية ومحل الأداء المميز فيها مما يوفر للمتعاقدين العلم المسبق بقاعدة الإسناد والتي تحدد سلفاً القانون الواجب التطبيق على العقد المزمع إبرامه[2].

و هذا المبدأ نصت عليه اتفاقية روما 1980 في المادة الرابعة وبعد أن قررت إسناد العقد لقانون الدولة الأوثق صلة به على افتراض أن هذه الدولة هي التي يوجد بها محل إقامة المدين بالأداء المميز كلما كان بالإمكان تحديده وهو ما يفيد انه في حالة تعذر هذا التحديد فيجب على القاضي أن يطبق القانون الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية وفقاً لظروف التعاقد وملابساته وهو ما قرره المشرع الألماني في المادة 5/28 والتي تقرر تعطيل الإسناد إلى قانون دولة محل الأداء المميز فيما لو تبين من الظروف أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون دولة أخرى[3].

([1])- الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق... مرجع سابق ص 457 .

([2]) – الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – مرجع سابق – ص 383.

([3]) الدكتور بشار محمد الأسعد–عقود الاستثمار–مرجع سابق– ص 262.

كما يتجه القضاء المعاصر وبعض التشريعات الحديثة إلى ضرورة الاعتداد في حالة الظروف الاستثنائية والتي يتعذر معها تحديد مكان الأداء المميز بالقانون الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية وهو ما يجري البعض على تسميته بالقيد أو التحفظ الاستثنائي على معيار الأداء المميز وليس في ذلك تقليل من شأن نظرية الأداء المميز فهي فكرة قانونية مثلها مثل أي فكرة أخرى لا تستطيع أن تواجه إلا الغالب من الفروض ومن ثم تبقى الحالات الاستثنائية التي قد يضطر القاضي إلى الخروج عن المعيار المستمد من هذه الفكرة مراعاة لمقتضيات العدالة، وهو ما فصلته اتفاقية روما 1980 والقانون الدولي الخاص الألماني 1986 والقانون السويسري 1987 من تخويل القاضي سلطة الخروج الاستثنائي عن معيار الأداء المميز إلى القانون الأوثق صلة[1].

لذا نرى أن هذه النظرية تحقق المرونة المطلوبة لإدراك العدالة وذلك لكونها تفرق في الإسناد بين طوائف العقود المختلفة من غير أن يؤدي ذلك إلى الإخلال بتوقعات الإفراد لكن اختلاف الإسناد لا يرجع إلى تنوع التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة بل إلى طبيعة الرابطة التعاقدية ومحل الأداء المميز فيها بحيث يُمكّن ذلك المتعاقدين من العلم المسبق بقاعدة الإسناد التي تحدد سلفاً القانون الواجب التطبيق على مثل هذا العقد المزمع إبرامه بينهم يضاف إلى ذلك أنها فضلت أن ينصب التركيز على الطبيعة الذاتية للرابطة التعاقدية والأداء الجوهري فيها بصرف النظر عن ظروف التعاقد وملابساته الواقعية والتي قد تختلف من عقد لآخر داخل نفس الطائفة من العقود، وتحقق أيضاً الأمان القانوني للمتعاقدين لما تتميز به من الوضوح والتحديد وكذلك المرونة في الإسناد بحيث يمكن أن يختلف القانون الواجب التطبيق بحسب طبيعة العقد محل النزاع.فهذه النظرية تحتل مركزاً وسطاً بين الإسناد الجامد الذي يتميز بالوضوح والتحديد ويفتقد إلى المرونة التي تتطلبها طبيعة كل فئة من العقود في الحياة الدولية الخاصة وبين الإسناد المرن من خلال التركيز الموضوعي بناء على ظروف وملابسات التعاقد الذي وأن اتسم بالمرونة إلا انه يخل باعتبارات الأمان القانوني للمتعاقدين[2].

([1]) الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق_ مرجع سابق– ص 465.

([2]) – الدكتور بشار محمد الأسعد – عقود الاستثمار_ مرجع سابق– ص 263–264.

رابعاً – موقف المشرع الأردني:

اتجه المشرع الأردني إلى الأخذ بمبدأ الإسناد الجامد للرابطة التعاقدية عند سكوت الإرادة عن الاختيار وهذا هو اتجاه معظم التشريعات العربية باستثناء ما اخذ به المشرع التونسي في مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الصادرة في 27/نوفمبر عام 1998, حيث نصت في الباب السادس من القسم الأول تحت عنوان الالتزامات الإرادية في الفصل 62-"يخضع العقد للقانون الذي يعينه الأطراف وا ٍذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثراً في تنفيذ العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد ابرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري" فهو بذلك ربما يكون التشريع العربي الوحيد الذي اخذ بنظرية الأداء المميز، وفي ضوء دراستي لنظرية الاداء المميز اتضح لي ما تؤديه هذه النظرية من تحقيق لمقتضيات العدالة فهي من ناحية تتميز بالوضوح والتحديد مراعية بذلك اعتبارات الأمان القانوني للمتعاقدين واتسامها بالمرونة من ناحية أخرى عن طريق مراعاة الطبيعة الخاصة للعقود الدولية. ولذلك نتمنى على المشرع الأردني وكذلك المشرع العربي ترك الاتجاه الجامد لإسناد الرابطة التعاقدية الدولية والاتجاه نحو الأخذ بنظرية الاداء المميز وذلك عن طريق إسناد كل فئة من العقود إلى ضابط الإسناد الخاص بمكان إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في الرابطة العقدية مثل إسناد العقود المتعلقة بالبيع الخاص بالمنقولات المادية إلى مكان المدين بالأداء المميز وتحديده وهو (البائع) وكذلك إسناد عقود الوكالة إلى مكان المدين بالأداء المميز وتحديده بمكان أداء الوكيل لعمله وكذلك عقود القروض إلى قانون مكان المدين بالأداء المميز بها وتحديده حيث تراعي هذه النظرية الطبيعية الذاتية لكل فئة من هذه العقود،ولا شك أن الاتجاه الذي اخذ بنظر ية الأداء المميز وبتحديدها للقانون الواجب التطبيق عند سكوت الإرادة من الاختيار أكثر إدراكاً لمقتضيات العدالة من الاتجاه الجامد الذي أخذت به المادة 1/20 من القانون المدني الأردني وكذلك المادة 19 مدني مصري وغيرها من التشريعات العربية التي تضمنت إسناداً جامداً وموحداً لمختلف العقود بغض النظر عن الطبيعة الذاتية للرابطة التعاقدية موضوع النزاع.

وللتدليل على ذلك نسوق المثال التالي: لو تعاقد تاجر أردني مع تاجر كويتي التقيا صدفة وهم في نزهة على الشواطئ التركية على أن يورد التاجر الأردني مادة زيت الزيتون الأردني للتاجر الكويتي على أن يكون تسليم البضاعة في عمّان، وهنا ينهض اختصاص القضاء الأردني سنداً للمادتين 27 و 28 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24/لسنة 1988 وتعديلاته[1] في الفصل بأي نزاع متعلق بهذا العقد وسكت المتعاقدان عن تحديد القانون الواجب التطبيق لا صراحة ولا ضمناً فلو ثار النزاع حول هذه الرابطة التعاقدية ذات العنصر الأجنبي وهو مكان الإبرام وكذلك أطراف العلاقة فان القاضي الأردني يطبق نص المادة 1/20 والتي تنص على انه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"، وبتطبيق القاضي لهذا النص فهنا سكت المتعاقدان عن تحديد القانون الواجب التطبيق وفي البحث في ضابط الإسناد المتعلق بالموطن المشترك فلا يجمعهما موطن مشترك (موطن البائع الأردن وموطن المشتري الكويت) مما يؤدي في النهاية إلى إعمال ضابط الإسناد الخاص بمكان إبرام العقد وهو القانون التركي. وهو بلا شك مخالف لمقتضيات العدالة إذ أن محض الصدفة هي التي جمعتهما على ارض الدولة التركية ولا يوجد أي رابط لا من بعيد ولا من قريب بين الرابطة التعاقدية المبرمة بينهم وبين القانون التركي سوى محض الصدفة التي جعلتهما يتعاقدان على ارض الدولة التركية. وقد أصدرت محكمة التمييز الأردنية عدة قرارات في هذا الشأن ، إذ جاء في القرار رقم 2006/3876 تاريخ 2007/3/8 انه: "**يعتبر قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين هو الذي يسري على الالتزامات التعاقدية فيما بينهما إذا اتحدا موطناً وان قانون الدولة التي تم فيها العقد هو الذي يسري على تلك الالتزامات إن اختلفا موطناً كما تقضي بذلك المادة 1/20 من القانون المدني**"[2]. وجاء في القرار رقم 2004/3210 تاريخ 2005/1/16 أنه "**ويستفاد من المادة 1/20 من القانون المدني الأردني أنه في الالتزامات التعاقدية**

([1]) – نشر هذا القانون على الصفحة 735 من العدد 3545 من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 1988/4/2.

([2]) – منشورات مركز عدالة – تمييز حقوق – برنامج محوسب – عمان الأردن.

يطبق قانون الدولة التي يوجد فيها موطن مشترك لكلا المتعاقدين كقاعدة رئيسية فإن اختلفا المتعاقدان في الموطن سرى على العقد قانون الدولة التي تم فيها التعاقد وحيث أن المتعاقدين ليس لهما موطن مشترك فان القانون الواجب التطبيق هو القانون الكويتي قانون الدولة التي تم فيها التعاقد..."[1]. وبناء عليه نرى أن يساير المشرع الأردني التقنينات الحديثة في هذا الشأنو العدول عن اتجاه الإسناد الجامد عند سكوت الإرادة والاتجاه نحو نظرية الاداء المميز لما تحققه من مزايا سبق توضيحها.

المطلب الثاني

المسائل الداخلة في فكرة الالتزامات التعاقدية

يذكر في هذا المقام أن عدداً من المشرعين يصوغ في نصوص التشريع قاعدة الإسناد بشأن الالتزامات التعاقدية وليس بشأن العقد مثل المشرع الأردني المادة (1/20) والمادة (19) مصري وكذلك المشرع اليوناني المادة 25 من القانون المدني الصادر سنة 1940 والمشرع الإيطالي المادة 25 من القانون المدني الصادر 1969 ولعل السبب في هذه النصوص التشريعية هو التفرقة السائدة في القانون المدني بين الحق العيني والشخصي ومصدرها وهي تفرقة لو انتقلت كاملة إلى ميدان القانون الدولي الخاص[2] لكان من المتعين بيان القانون الواجب التطبيق في الحق وبيان القانون الواجب التطبيق في مصدره وهذا هو ما يتبعه المشرعون عادة بالنسبة للحق العيني بالنظر إلى أهمية هذه التفرقة في شأنه فهم يبينون القانون الواجب التطبيق فيه وهو عادة قانون موقع المال كما يبينون القانون الواجب التطبيق في مصدره وهو متنوع المصادر إما العقد أو الميراث أو الوصية أو التقادم أو غيرها من طرق اكتساب الحقوق ,أما بالنسبة للحق الشخصي: فإن المنحى التشريعي يكتفي ببيان القانون الواجب التطبيق في الحق الشخصي وهو هنا الالتزام التعاقدي دون أن يذكر القاعدة التي تحكم مصدرة وهو العقد وذلك نظراً لقلة أهمية تلك التفرقة وبحيث يكون القانون الواجب التطبيق في الالتزام التعاقدي هو القانون الواجب التطبيق في العقد. وهذه

([1]) – منشورات مركز عدالة – تمييز حقوق – برنامج محوسب – عمان– الأردن.

([2])– الدكتور عز الدين عبد الله.–القانون الدولي الخاص...– مرجع سابق ص 429.

التسوية يبين الالتزام التعاقدي ومصدره من حيث القانون الواجب التطبيق يوردها بعض المشرعين في نصوص التشريع [1].

كما يؤكد الفقه المصري هذا الرأي من أن ظاهر المادة (19) مدني والتي تقابلها المادة 1/20 مدني أردني قد يفيد باقتصاره على مواجهة الالتزامات التعاقدية أي آثار العقد لأخضعها لقانون الإرادة أو الموطن المشترك أو محل إبرام العقد على نحو ما رأيناه, إلا إن الأعمال التحضيرية تكشف عن قصد المشرع في التعبير باصطلاح الالتزامات التعاقدية عن كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وأثارها فقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري[2] "ويراعى بادئ ذي بدء إن فقه القانون الدولي الخاص لا يزال غير مستقر فيما يتعلق بتعين القانون الواجب تطبيقه في شأنه الالتزامات التعاقدية لتنوع صور العقود وتباين العقود التي تسري عليها من حيث الأركان الخاصة بالانعقاد وشروط الصحة وترتيب الآثار، ولذلك تجنب المشرع القاصيل واقتصر على أكثر الأحكام استقراراً في نطاق التشريع فقرر في المادة (42) من المشروع التمهيدي أن الالتزامات يسري عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمنا ً وهذا حكم عام يمكن لسلطان الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها"[3].و الراجح في القضاء وجهة النظر هذه والتي تبدو مخالفة لظاهر نص المادة (19) مدني بالقول بأن اصطلاح الالتزام يستعمل بمعنى عام يشمل كل ما يتعلق بمصدره وآثاره وأوصافه وانتقاله وانقضائه وا ثباته"[4]. وهي أيضاً مطابقة لما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني بخصوص المادة (1/20)والتي تطابق أيضاً نص المادة 19 مدني مصري وتوافق المادة 20 مدني سوري حيث أوردت المذكرة تبريراً مماثلاً لما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها"... وهذا حكم عام يمكن لسلطان الإرادة

([1])– الدكتور عز الدين عبد الله–القانون الدولي الخاص–مرجع سابق– ص (429–430).

([2])– الدكتور حفيظة السيد الحداد...الموجز في القانون الدولي الخاص– مرجع سابق –ص (292–293).

([3]) –المذكر ة الإيضاحية للقانون المدني المصري – الجزء الأول – الباب التمهيدي – ص 388–389.

([4])– حفيظة السيد الحداد....الموجز في القانون الدولي الخاص– مرجع سابق_ص293.

ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها"[1].

ولا يوجد خلاف في الفقه على وجوب استبعاد مسألتين من فكرة الالتزامات التعاقدية وهما أهلية التعاقد وشكل العقد فالأهلية وا ٍن كانت شرطاً لصحة التعاقد إلا أن المشرع الأردني وكذلك المصري أفرد لها نصاً خاصاً وجعلها تستقل بفكرة خاصة حيث اعتبرها من المسائل اللصيقة بالشخص وبالتالي أسندها لقانون الجنسية وأخضعها لقاعدة إسناد خاصة بها وذلك في المادة (1/12) مدني أردني "**يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم....**" والمادة (11) مدني مصري وهي مطابقة تماماً للمادة (12) من القانون المدني الأردني، وكذلك فإن شكل العقد يخضع للقاعدة الواردة في المادة (21) من القانون المدني الأردني وهي مطابقة للمادة (20) مدني مصري حيث نصت "**تخضع العقود ما بين الإحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ....**"[2]. لذلك تستبعد كل من الأهلية والشكل من نطاق الفكرة المسندة على أساس أن أهلية التصرف القانوني اللازمة لإبرام العقود تدخل ضمن الفكرة المسندة الخاصة بالأهلية بشكل عام ويطبق عليها كما ورد في المادة (12) مدني أردني و(11) مدني مصري القانون الشخصي للفرد وهو قانون جنسيته إما شكل العقد فمسألة تدخل كما رأينا في الفكرة المسندة الخاصة بشكل التصرفات القانونية بشكل عام ويطبق عليها قانون بلد الإبرام المادة (21) مدني أردني و(20) مدني مصري.، لذلك، فإن المسائل التي تتعلق بتعريف العقد وقيامه أو تكوينه وأثاره تدخل في نطاق الفكرة المسندة وهي المسائل التي سوف أقوم بدراستها من خلال البنود الآتية[3]:

أولاً – تكوين العقد:

يجمع الفقه على تعريف العقد، وان اختلفت الصياغة بأنه ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر أو توافق إرادتهما على وجه يثبت أثره في

([1]) – المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني – الجزء الأول – ص (48–49).

([2]) الدكتور حفيظة السيد الحداد....الموجز في القانون الدولي الخاص– مرجع سابق ص 293.

([3]) المحامي الدكتور عامر محمد الكسواني... تنازع القوانين... مرجع سابق ص 203.

المعقود عليه (محل العقد) ويترتب على ذلك التزام كل واحد منهما بما وجب عليه للآخر[1]. **أما الالتزام:** فإنه كل تصرف يتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهائه أو إسقاطه سواء كان من شخص واحد كما في الوقف أو من شخصين كما في البيع،والذي يعنينا في مجال هذه الدراسة هو ذلك العقد الوارد في نطاق القانون الخاص فقط أما غيره من العقود التي تخرج بطبيعتها عن نطاق القانون الخاص كالعقود التي تبرمها الدول أو السلطات العامة (العقود الإدارية) فلا تدخل في نطاق فكرة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية كونها تخضع للقانون العام وبالتالي تخرج بحكم القلنون من نطاق دراسة القانون الدولي الخاص عموماً ونظرية الالتزامات التعاقدية خصوصاً[2]. كما أن العقد المقصود به في نطاق دراستنا هو العقد الذي يتكون نتيجة توافق إرادتين على إحداث اثر قانوني ذو طبيعة مالية فقط كالبيع أو الإيجار أو المقاولة وغيرها وبالتالي تخرج من نطاق الفكرة المسندة الخاصة بالالتزامات التعاقدية أي المادة (1/20) من القانون المدني الأردني كافة العقود التي ليس لها طبيعة مالية، مثل:

1- عقد الزواج حيث يخضع للفكرة المسندة بخصوص عقد الزواج وقد أورد المشرع الأردني قواعد الإسناد الخاصة بها في المواد (1/13 و2) و(1/14) من القانون المدني الأردني والمادة (15) إذا كان احد الزوجين أردنياً وقت انعقاد الزواج.
2- عقود التوريث: حيث أفرد المشرع الأردني قاعدة إسناد خاصة بها في المادة (1/18 و2) من القانون المدني الأردني.
3- العقد الوارد على عقار حيث يخضع لقانون موقع العقار المادة (2/20) مدني أردني[3].

لذلك نعرض المسائل التي تدخل في تكوين العقد والتي هي مجال انطباق المادة (1/20) مدني أردني و(1/19) مدني مصري وهي:

([1]) الدكتور أنور سلطان – مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني – مرجع سابق –ص11 .

([2]) المحامي الدكتور – عامر محمد الكسواني-.تنازع القوانين... مرجع سابق – ص 204.

([3])–المحامي الدكتور محمد عامر الكسواني–تنازع القوانين–مرجع سابق– ص 205.

1 – أركان العقد:

يقتضي البحث في أركان العقد عرض التراضي من جهة والمحل والسبب من جهة أخرى وفق الآتي:

أ– التراضي: لا خلاف في وجوب استبعاد ما يتعلق بوجود الإرادة على أساس أن هذه المسألة تدخل في مضمون فكرة الأهلية وفقاً للمادة (12) مدني أردني والمادة (11) مدني مصري. وعلى الرغم من استبعاد مسألة وجود الإرادة على أساس أنها تدخل في مسألة الأهلية يرى البعض إن قانون العقد يسري على كل ما يتصل بالتعبير عن الإرادة صريحة أو ضمنية ظاهرة أم باطنه ومتى يرتب التعبير عن الإرادة أثره؟ وكذلك حكم السكوت وهل يمكن اعتباره قبولاً من عدمه؟ وكيفية تحديد زمان ومكان العقد بين غائبين؟[1] .ويرى الغالبية من الفقهاء إخضاع تحديد زمان ومكان العقد المبرم بين غائبين لقانون القاضي باعتبار أن الأمر يتعلق بالتكييف والتكييف من اختصاص قانون القاضي وليس قانون العقد على أن تخضع عيوب الإرادة للقانون الشخصي لمن صدرت منه باعتبارها من مسائل الأهلية[2].

ب – محل العقد وسببه: يتفق الفقه على إخضاع محل العقد للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية أي قانون العقد فقانون العقد هو الذي يبين شروط المحل كالوجود والإمكان والتعيين والقابلية للتعيين والقابلية للتعامل فيه غير إن بعض الشراح يرون إن لقابلية للتعامل في المحل لا تتحدد وفقاً لقانون العقد وحده بل يجب أن يشترك في تحديدها قانون موقع المال إذا كان المحل مالا وقانون محل التنفيذ إذا كان محل العقد عملاً[3]يخضع ايضاً باعتباره ركناُ من اركان العقد من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد على أن مشروعية السبب تتأثر بقانون القاضي فلو كان السبب مشروحاً لقانون العقد وغير مشروع بالنسبة لقانون القاضي يطبق القاضي قانونه مرعاة للنظام العام في بلده[4].

([1])– الدكتورة حفيظة السيد الحداد.–الموجز في القانون الدولي الخاص–.. مرجع سابق ص 396.

([2])– الدكتور محمد المبروك اللافي – تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين– الجامعة المفتوحة – بنغازي – 1991 –ص 178.

([3])– الدكتور فواد ديب– القانون الدولي الخاص –مرجع سابق– ص 328

([4]) – الدكتور عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – مرجع سابق – ص 474.

ج- البطلان: يخضع الجزء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته لقانون العقد فقانون العقد هو الذي يبين حالات البطلان ومن له مصلحة في التمسك بالبطلان وحكم إجازة البطلان وتقادم دعوى البطلان، هذا ولا تخضع لقانون العقد الآثار التي تترتب على تقرير البطلان كالالتزام بالرد أو الالتزام بالتعويض لأنها لا تعد من قبيل الالتزامات التعاقدية بل من قبيل الالتزامات غير التعاقدية والمفرد لها قاعدة إسناد خاصة بها وهي نص المادة (22) من القانون المدني الأردني[1].

([1])- عبد الحكيم محسن عطروش – أحكام تنازع القوانين في القانون اليمني والقانون المقارن – عدن – اليمن – 1995... ص (165).

ثانياً : – آثار العقد:

تدخل أثار العقد كأصل عام في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية ولكن البعض يقرر بعض الاستثناءات في شأنها سواء بالنسبة للآثار المتعلقة بالأشخاص والآثار المتعلقة بالموضوع وهو ما سئتناوله وفق الآتي:

أ – أثار العقد بالنسبة للأشخاص:

تخضع آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص لقانون العقد نفسه وعلى ذلك فإنه يتعين الرجوع إلى قانون العقد لمعر فة الملتزمين بالعقد والمستفيدين منه سواء أكانوا من المتعاقدين أو من الغير. على أن انصراف اثر العقد إلى الخلف العام يدخل في مجال القانون الذي يحكم الميراث أما الخلف الخاص فيرى البعض انه يدخل في مضمون الفكرة المسندة بينما يرى الغير أن يخضع لقانون موقع المال[1]. أما التعهد والاشتراط لمصلحة الغير فإنها تدخل ضمن الفكرة المسندة ويحكمها قانون العقد، وكذلك يتجه الفقه الغالب إلى الاعتداد بإرادة الأصيل بالنسبة لاختيار القانون الواجب التطبيق فالقانون الذي تحدده إرادة الأصيل هو الذي يحكم انصراف أثار العقد وكذلك مدى سلطات النائب يحكمها قانون العقد مما يقتضي وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد وعلى علاقة النيابة على أن النيابة القانونية عن فاقدي الأهلية وناقصيها تخرج عن مضمون الفكرة المسندة إذ من غير المقبول أن يعتد بإرادة الأصيل والفرض انه معدوم الإرادة أو ناقصها وتخضع لقانون الشخص الذي تجب حمايته حسب نص المادة (17) مدني أردني (16) مدني مصري، وكذلك حكم عمل الفضولي عن رب العمل تخرج عن مضمون الفكرة المسندة[2].

ب – أثار العقد بالنسبة إلى الموضوع:

تخضع آثار العقد من حيث الموضوع لقانون العقد فهذا القانون (قانون العقد) هو المرجع في معرفة الالتزامات وكيفية تن وأحكامها المتولدة عن العقد وهذا الوضع يقتضي تفسير العقد وفقاً للقواعد السائدة في القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية،

([1]) عبد الحكيم محسن عطروش–أحكام تنازع القوانين في القانون اليمني –مرجع سابق_ ص 166.

([2]) الدكتورة حفيظة السيد الحداد_الموجز في القانون الدولي الخاص– مرجع سابق–ص (399–401) وللمزيد انظر الدكتور عز الدين عبد الله الدكتور عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – ص 475.

وكذلك يخضع تنفيذ الالتزامات للقانون الذي يحكم العقد ومتى يكون التنفيذ عينياً؟ ومتى يكون التنفيذ بمقابل؟ وهو الذي يحكم دعوى التعويض عن المسؤولية التعاقدية عند الإخلال بالالتزامات التعاقدية التي تفرضها الرابطة التعاقدية على أن إجراءات رفع الدعوى ومباشرتها وقواعد الاختصاص يسري عليها قانون البلد الذي تباشر فيه حسب نص المادة (23) من القانون المدني الأردني.

كما يسري قانون العقد أيضاً في شأن بيان أسباب انقضاء الالتزام وكذلك أوصاف الالتزام ومدى صحة الشرط وأثر تحققه وتخلفه والأجل وأسباب سقوطه وتعدد محال الالتزام سواء أكان تخييرياً أم بدلياً وكذلك تعدد طرفي الالتزام والتضامن أو عدم قابلية الالتزام للتجزئة وكذلك يخضع لقانون العقد انتقال الالتزام سواء أكان ايجابياً عن طريق حوالة الحق أو سلبياً عن طريق حوالة الدين أما المقاصة فيجب التفريق إذا كانت مقاصة اتفاقية فهي عقد مستقل وتخضع للقانون الخاص بها أما إذا كانت قضائية فهي تخرج عن فكرة الالتزامات التعاقدية وتخضع لقانون القاضي لأنها مستمدة من سلطاته أما المقاصة القانونية فيجب أن يكون الدينين خاضعين لقانون واحد أما إذا كان الدينين خاضعين لقانونين مختلفين فإن الرأي الراجح أن المقاصة لا تتم إلا إذا أقرها القانونان اللذان يحكمان الدينين[1]، ويسري قانون العقد على الإبراء فهو الذي يحدد ما إذا كانت إرادة الدائن وحدها أم انه يتعين الاتفاق على الإبراء، أما الإبراء نفسه بصفته تصرفاً مستقلاً فهو يخضع للقانون الخاص به. فقانون العقد هو الذي يسري في شأن التقادم المسقط ووقف التقادم ومدته وأسباب كل من الوقف والانقطاع ومع ذلك فقد اتجه القضاء في كل من انجلترا والولايات المتحدة إلى اعتبار **<u>التقادم المسقط</u>** من مسائل الإجراءات التي تخضع لقانون القاضي، وباعتبار التقادم من مسائل الإجراءات وإخضاعه لقانون القاضي قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة إذ في هذا التطبيق مفاجأة للدائن الذي لم يتوقع تقادم حقه وفقاً لقانون القاضي الذي قد لا يكون يتوقعه أو أن يعلم مسبقاً به كما لو غير المدين من موطنه على غير ما كان يتوقع. على أن القضاء الفرنسي القديم اتجه إلى تطبيق قانون موطن المدين على التقادم المسقط بوصفه نظاماً يستهدف حماية الطرف الضعيف وهو المدين في الدعوى

([1]) – عبد الحكيم محسن عطروش..–أحكام تنازع القوانين_. مرجع سابق– ص 165.

المرفوعة ضده وقد رجع القضاء الفرنسي الحديث عن هذا الاتجاه مؤكداً إخضاع التقادم المسقط للقانون الذي يحكم العقد[1]، **وأرى** أن التقادم يتعلق بموضوع الحق محل النزاع وكل نوع من الحقوق تخضع لتقادم معين تبعاً لنوع العقد إن كان مدنياً أم تجارياً وبالتالي فهي يجب أن تخضع للقانون الذي يحكم العقد موضوعاً بالإضافة إلى إن تطبيق قانون القاضي على التقادم المسقط قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ومخالفة لمقتضيات العدالة إذ أن الدائن قد يتقادم حقه وهو لا يعلم ذلك لأنه قد لا يكون على علم مسبق بالمحكمة المختصة بحكم النزاع، فيما لو اعتبرنا التقادم المسقط من مسائل الإجراءات كما اتجه القضاء في انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية.

المطلب الثالث

مجال تطبيق الفكرة المسندة للروابط التعاقدية من حيث نوع العقد

أوردت المادة 2/20 مدني أردني استثناء على فكرة الالتزامات التعاقدية التي أوردتها في الفقرة الأولى من المادة نفسها وهو العقد المتعلق بعقار، كما ذهب غالبية لفقه الدولي إلى إخراج عقد العمل من مجال إعمال هذه القاعدة لظروف واعتبارات سوف ندرسها، وكذلك سوف أتعرض للعقود المبرمة بين الدول باعتبارها تخرج بطبيعتها عن مضمون الفكرة المسندة في المادة 20 مدني أردني و19 مدني مصري، ونعرض ذلك وفق الآتي:

<u>أولاً – العقد المتعلق بعقار:</u>

اشتملت المادة 2/20 مدني أردني والمادة 2/19مدني مصري على هذا الاستثناء حيث جاءت كالتالي "على أن قاعدة موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار". وعلى ذلك فالعقود التي تبرم في شأن العقار أو كما عبر المشرع الفرنسي العقود المتعلقة بالعقار" تخرج من نطاق المادة الخاصة بالالتزامات التعاقدية[2]". ويراعى أن قانون موقع العقار يحكم العقود المتعلقة بالعقار سواء أكان العقد مولداً للالتزام بنقل حق عيني في العقار أم اقتصر على ترتيب حقوق

([1])– الدكتورة حفيظة السيد الحداد_الموجز في القانون الولي الخاص._ مرجع سابق_ ص(402–403).

([2])– الدكتور عز الدين عبد الله..–القانون الدولي الخاص– مرجع سابق_ ص 447.

شخصية، وعلى هذا يخضع لقانون موقع العقار كل تعامل يكون العقار محلاً له ومن ذلك عقد البيع أو الرهن أو الإيجار... الخ[1].

لذا، تجدر الإشارة إلى أن القانون المختص بتكييف العقدو هل هو متعلق بعقار أم منقول؟ هو قانون القاضي ووفق ما هو متفق عليه في اغلب التشريعات. وبالرجوع إلى القانون المدني الأردني فقد عرف العقار **في المادة(58)** على أنه: "**كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغير هيئته فهو عقار وكل ما هو ما عدا ذلك من شيء فهو منقول**"[2] والعقار بهذا المعنى يعتبر صورة من صور المال الذي هو شيء من الأشياء التي قد يرد عليها الحق فينقلها من الصفة الشيئية إلى الصفة المالية وبالتالي وطالما أن العقار مال فإنه يخضع وفقاً للقاعدة العامة في هذا الصدد لقانون موقعه. المادة 19 مدني أردني "**يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار....**".

ولكن السؤال هنا كيف يتم تحديد موقع العقار؟ والواقع انه لا يثار هذا الموضوع إلا إذا وقع العقار في دولتين بمعنى انه يقع على الحدود الفاصلة بين إقليمي دولتين مختلفتين فإن الرأي الغالب يقضي بتقسيم العقار وا خضاع كل جزء لقانون الدولة التي يوجد بها[3] وتطبيقاً للقاعدة الواردة في المادة (2/20) مدني أردني و (19) مدني مصري والتي تقرر إن العقار يخضع لقانون موقعه سواء من حيث بيان ماهيته أو أسباب اكتساب ملكيته أو ممارسة الحقوق العينية الأصلية أو التبعية عليه أو أسباب انقضاء ؟أو زوال هذه الحقوق والدعاوى الخاصة به و الزمن المكسب له أو المسقط لتملكه[4]، وكذلك عقود الإيجار المتعلقة بالعقار فإنها تخضع لقانون الموقع ولا شأن لها بالتالي بالقانون الذي يحكم العقد (**قانون الإرادة أو الموطن المشترك أو بلد الإبرام**)وكذلك عقود البيع وا ذا كان قانون موقع العقار هو الذي يحكم العقود التي ترد

([1])– الدكتور إبراهيم احمد إبراهيم... تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي – الناشر عبد الله وهبه – عابدين –القاهرة – 1983 –ص 228.

([2])– تقابل هذه المادة (82) مدني مصري و82 مدني ليبي 84 مدني سوري و62 و63 مدني عراقي و1 و 2 و3 موجبات و عقود لبناني.

([3]) – المحامي الدكتور عامر محمد الكسواني–تنازع القوانين–... مرجع سابق– ص 245.

([4]) – المرجع السابق.– ص 246.

على هذا العقار إلا انه ما تجدر ملاحظته هو أن الأهلية للتعاقد حتى الخاصة بالعقود المتعلقة بالعقار تخضع دائماً لقانون جنسية المتعاقد.[1] (المادة 1/12 مدني أردني والمادة 11 مدني مصري).

ثانياً – عقد العمل :

ثار الخلاف في فقه القانون الدولي الخاص حول القانون الواجب التطبيق على عقد العمل. إذ اقترح بعضهم تطبيق قانون الدولة التي ابرم فيها العقد باعتبار انه في الغالب قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في حين ذهب آخر إلى تطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين وذهب اتجاه ثالث إلى تطبيق قانون مقر العمل أي قانون مركز الإدارة[2]. وقد تأثر مشروع القانون المدني المصري بهذا الاتجاه إذ نصت المادة(44) منه على أن " يسري على العقود التي يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزا ع مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدار ة هذه الأعمال فإذا كان المركز الرئيسي لهذه الأعمال في الخارج وكانت مزاولتها في مصر وهي التي أبرمت فيها هذه العقود فان القانون المصري هو الواجب التطبيق" وقد صدر القانون المدني المصري خالياً من هذا النص تاركاً المسألة التفصيلية لاجتهاد الفقه والقضاء وهذا ما اقترحه معالي السنهوري باشا.[3] ورغم حذف هذه المادة إلا أن محكمة النقض المصرية اعتنقت الاتجاه الوارد في هذه المادة المحذوفة حينما قررت في حكم صدر لها عام 1967 انه يسري على العقود التي يبرمها 000 مكرره نص المادة 44 من مشروع القانون المدني بالرغم من صدور هذا القانون خالياً منها[4].و جاء في المذكرة الإيضاحية أن عقود العمل تتصل بالسياسة الاجتماعية في كل دوله فتشريعات العمل توضع لحماية العمال ويقصد من أحكامها الأساسية أن تكون آمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو استبعادها بحال من الأحوال .ولم يرد المشروع أن ينظم الاختصاص التشريعي فينا يتعلق بعقود العمل اكتفاء بالقواعد

([1]) الدكتورة حفيظة السيد الحداد–الموجز في القانون الدولي الخاص...– مرجع سابق (404–405).

([2])– الدكتورة حفيظة السيد الحداد –المرجع السابق– ص 407 .

([3]) – مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – الجزء الأول هامش الصفحات (289 –290)

([4])– الدكتور عز الدين عبد الله 0–القانون الدولي الخاص–مرجع سابق –ص 450 .

العامة[1] وقد حذا المشرع الأردني حذو المشرع المصري في هذا الخصوص ولم يورد القانون المدني الأردني أي نص يتعلق بتحديد الاختصاص التشريعي لعقد العمل من هذه الناحية .

لقد دفعت الاعتبارات السابقة بغالبية الفقه الحديث في فرنسا وغيرها إلى إخضاع عقد العمل لقانون دولة التنفيذ لما لهذه الدولة من مصلحة واضحة في تطبيق قانونها على علاقات العمل لتعلق الأمر بالحماية الآمرة التي يتطلبها المشرع للطبقة العاملة[2] وقد اقر القضاء في دول كثيرة من العالم بعجز قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزام التعاقدي عن حل مشكلة تنازع القوانين في علاقات العمل وبعدم ملأمتها مع هذه العلاقات الموجهة بقواعد آمره من المشرع الوطني لتحقيق الأمن الاجتماعي وذلك لتحكم الطرف القوي بالطرف الضعيف إذا أن إحدى الإرادتين يمكن أن تفرض قانونها على الأخرى.

وقد حاول الفقه تأييد القضاء لتبرير هذه النتيجة وذلك عن طريق الشك في ثبوت الصفة لعقدية أي التخلي عن فكره العقد وطبقاً لذلك صاغ الفقه الألماني نظرية مؤداها إحلال رابطة العمل محل فكرة العقد أي أن الرابطة وفقاً للأنصار هذه النظرية[3]، لا تنشأ عن عقد العمل في الأحوال التي يتم فيها إبرام عقد العمل بين رب العمل والعامل بل عن رابطه العمل التي أحلوها محل عقد العمل وقالوا إن ما ينشأ عن عقد العمل لا يعدو أن يكون مجرد التزام العامل بالانضمام0الى المنشأة والتزام رب العمل بقبوله فيها وهم بذلك يخضعون العلاقة لقواعد قانون العمل دون اعتبار للعقد ويكفي تنفيذ العمل في إطار المنشأة[4]، وعلى ذلك، فإن قواعد عقد العمل تعتبر من قواعد البوليس مما يقتضي خضوعها لقانون دولة التنفيذ مما مكن القضاء سواء في الأردن أو مصر من تطبيق القواعد الخاصة بقانون العمل السائد في دولة التنفيذ وذلك كله استناداً إلى نص المادة 25 من القانون المدني الأردني والتي تنص على انه

([1])- الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – الجزء الأول – ص (450 – 451) .

([2])- الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص- مرجع سابق ص (408) .

([3]) – الدكتور منير عبد المجيد – تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية – منشأه المعرف – الإسكندرية – مصر 1992 ص (72) .

([4]) – الدكتور منير عبد المجيد – المرجع السابق- ص (76) .

تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شانه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين وهي تقابل المادة 24 من القانون المدني المصري[1] ويتفق هذا الاتجاه الذي يقضي بخضوع عقد العمل إلى مكان التنفيذ مع نظرية الأداء المميز التي تعتبر احدث الاتجاهات التي تأخذ بها التشريعات المتطورة في هذا المجال ومنها ما أوردته مجلة القانون الدولي الخاص التونسي والتي تعتبر نموذجاً متطوراً في هذا المجال والتي صدرت بتاريخ 27 نوفمبر حيث أوردت في القسم الأول الخاص بالالتزامات الإرادية في الباب السادس في الفصل 62 "**يخضع العقد للقانون الذي يعينه الأطراف وا إذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثراً في تنفيذ العقد أو مقر مؤسسة إذا كان العقد قد ابرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري**".وبالرجوع إلى قانون العمل الأردني رقم (6) لسنه 1996 وتعديلاته وفي المادة (4) والخاصة بنطاق تطبيق هذا القانون وهي قاعدة آمره .نصت الفقرة(أ) منها على أن :

1- (لا تؤثر أحكام هذا القانون على أي حق من الحقوق التي يمنحها للعامل أي قانون آخر أو عقد عمل أو اتفاق أو إقرار إذا كان أي منهما يرتب حقوقاً أفضل من الحقوق المقررة بموجب أحكام هذا القانون .
2- يعتبر باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق سواء ابرم قبل هذا القانون أو بعده يتنازل بموجبه أي عامل عن أي حق من الحقوق التي يمنحها إياه هذا القانون)[2].

وقد جاءت قرارات محكمة التمييز الأردنية متوافقة مع هذا النص ومع الاتجاه الغالب من اعتبار عقد العمل يتعلق بالنظام العام كونه من قوانين الأمن المدني ومن هذه القرارات قرار رقم 1999/1835 (هيئة خماسية) تاريخ 2000/1/31 الذي جاء فيه(إذا كان من شروط عقد العمل أن القانون الواجب التطبيق في تفسير العقد وتنفيذه

([1])- الدكتورة حفيظة السيد الحداد 000 الموجز في القانون الدولي الخاص 000 مرجع سابق ص (412) .

([2]) – تم نشر هذا القانون على الصفحة 1173 في عدد الجريدة الرسمية رقم 4113 الصادر بتاريخ 1996/4/16 م .

هو القانون البرمودي وجاءت نصوص وأحكام قانون العمل الأردني بقواعد آمره لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها مما يسلب من العامل حقوقه أو ينتقص منها فهي لذلك متعلقة بالنظام العام و إذا كانت الحقوق المقررة بعقد العمل تخالف أحكام القانون الأردني فانه وعملا بأحكام المادة 29 من القانون المدني من المتعين تطبيق القانون الأردني) [1] ، وبهذا قالت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1932 لسنه 51 مكتب فني 33 صفحة 470 بتاريخ 1982/5/2(ان القانون المصري هو الواجب التطبيق 000 رغم أن اتفاق الخصوم في عقد العمل على اختصاص المحاكم السويسرية والقانون السويسري بنظر ما قد ينشأ عن العقد في منازعات ما دامت أن الدعوى متعلقة بالتزام نفذ في مصر)[2].

وقد اصطلح الفقه فيما بعد على تسمية هذا المبدأ بالقانون الأكثر صلاحية للعامل على أن تطبيق القانون الأكثر صلاحية للعامل هو أمر نسبي فلا يجب أن يستفيد منه إلا العامل دون رب العمل.[3] لذلك نتمنى على مشرعنا الأردني أفراد نص خاص بخصوص عقد العمل وا إخضاعه للقانون الأصلح للعامل تحقيقا للحماية الاجتماعية التي يتوخاها المشرع من قانون العمل. واقترح ان يكون النص كالتالي: "يخضع عقد العمل للقانون الذي يختاره الأطراف ما لم يكن في تطبيقه انتقاص لحقوق العامل".

نخلص إلى أنه إذا كان استبعاد القانون الأجنبي يتم بناء على مخالفته للنظام العام والذي يهدف إلى حماية الحياة الاجتماعية الوطنية وبالتالي حماية الطرف الضعيف وهو العامل وعدم انتقاص حقوقه أو استغلاله فأنني وبرأي المتواضع لا أرى مانعاً من تطبيق القانون الأجنبي وبالتالي أعمال قاعدة الإسناد الواردة في المادة 1/20 إذا كان من شان هذا الأعمال يرتب حقوقا أفضل وان يحقق حماية اكبر للطرف الضعيف وهو العامل مما يرتبه القانون الوطني.

([1]) قرارات محكمة التمييز الأردنية –منشورات مركز عدالة – برنامج محسوب – عمان – الأردن .

([2]) قرارات محكمة النقض المصرية – نقض مدني – جمع وتبويب المستشار كمال عطيه_ قرص مدمج .

([3]) الدكتور منير عبد المجيد–تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية–مرجع سابق– ص 83 .

إلا أنني أرى أن حتمية تطبيقه تنحصر فيما إذا كان قانون الإرادة الذي اتفق المتعاقدان على حكمه للعقد يؤدي إلى سلب العامل حقوقه وانتقاص حمايته أما إذا كان يوفر حقوق وامتيازات أكثر مما يوفره القانون الوطني فلا يوجد في نظري ما يمنع تطبيقه . وهذا الرأي متوافق مع نص المادة (4/أ ، ب) من قانون العمل الأردني رقم 8 لسنه 1996 السابق ذكرها.

ثالثاً – العقود المبرمة بين الدول:

قد تبرم الدولة عقداً يكون الطرف الآخر فيه دولة أخرى وقد تبرم عقداً يكون الطرف الآخر فيه شخصاً من أشخاص القانون الخاص فما هو القانون الواجب التطبيق في كل من هاتين الحالتين وهل يمكن إعمال قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة أم لا؟[1].

ميز الفقه بين أنواع ثلاثة من العقود الدولية وخلص إلى إن العقود التي تكون الدولة أو شخص من أشخاص القانون الدولي العام طرفاً فيها لا يتناسب معها إعمال قانون الإرادة بشأن تعين القانون الواجب التطبيق وقسموا العقود الدولية إلى عدة أنواع منها:

1- العقود بين الدول من جهة والإفراد أو الأشخاص الاعتبارية الأجنبية من جهة أخرى.
2- العقود بين الدول فيما بين بعضها البعض.
3- العقود بين أطراف من القانون الخاص مختلفي الجنسية.

ففيما يتعلق بالنوع الثاني من العقود فيما بين الدول بعضها مع بعض فقط اقترح جانب من الفقه أن تحكمها قواعد القانون الدولي العام ويبقى الأطراف العقد حرية اختيار القانون الذي ينطبق على منازعاتهم في الأنواع الأخرى ولهم أن يختاروا من القوانين ما يتلاءم مع مصالحهم[2].

([1])- الدكتور عز الدين عبد الله...القانون الدولي الخاص- مرجع سابق- ص 462.

([2])- الدكتور محمود الكيلاني – عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا – حقوق الطبع محفوظة للمؤلف عمان- 1988 – ص 533.

وليس ثمة شك في الاتفاقيات المبرمة بين دولتين أو أكثر يحكمها مبادئ القانون الدولي العام طالما أبرمت بين الدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي العام على أن الدول قد تبرم اتفاقيات يكون موضوعها من المسائل التي تتخذ موضوعاً للعقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص[1]وقد أكدت محكمة العدل الدولية أن" العقود التي تبرمها الدول بغير صفتها كشخص دولي تستمد أساسها من القانون الداخلي". مما يقتضي التفرقة بين ما تبرمه الدولة بوصفها شخصاً من أشخاص القانون الدولي في اتفاقيات وبين ما تبرمه الدولة من عقود دون أن تتخذ هذه الصفة وهي تفرقة ذات أهمية كبيرة مع أنها صعبة التحديد خاصة عندما يكون موضوع الاتفاقات الدولية مسألة من المسائل التي تنظمها القوانين الداخلية الخاصة مثل حالة ما يكون موضوع الاتفاق إنشاء شخص اعتباري كشركة تزاول نشاطاً في ميدان القانون الخاص. ومن الأمثلة على ذلك في الأردن الشركة العربية للبوتاس وشركة النقل البري الأردنية السورية – وكذلك العراقية التي تمت تصفيتها[2].

لذا، نرى التفرقة حسب تعاقد الدولة ووضعها كطرف في العقد هل تعاقدت بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي العام أي بصفتها صاحبة السلطة والسيادة في الميدان الدولي أم بوصفها شخصاً من أشخاص القانون الخاص يتعاقد مثله مثل أي شخص اعتباري آخر، وهنا يجب تطبيق القانون الذي يختاره أطراف العقد بوصفه عقداً ليس دولياً وليس معاهدة أو اتفاق بين دول. فهناك علاقات تعاقدية تتم بين دول بوصفها شخصاً من أشخاص القانون الخاص مثل تعاقد دولة مع شركة أجنبية مثل تعاقد حكومة المملكة الأردنية الهاشمية مع شركة جاما التركية لجر مياه حوض الديسي إلى عمان فهذا العقد عقد خاص أما تعاقد الدولة بوصفها صاحبة السلطة والسيادة مع دولة أخرى وبنفس الصفة لتنظيم علاقة تخرج من إطار القانون الخاص الداخلي فإنها تكون علاقة دولية وتخضع للقانون الدولي العام.

([1]) –الدكتور محمد المبروك اللافي–تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي.... مرجع سابق –ص 153.

([2]– انظر هذا الرأي في الدكتور محمد البروك اللافي–تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي_ ص 184.

المبحث الثالث

القانون الواجب التطبيق على الروابط العقدية من حيث الشكل

نصت المادة(21) من القانون المدني الأردني على أن "تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك" ويتضح من هذا النص أن القاعدة العامة هي إخضاع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه مع تعداد ضوابط إسنادأخرى، وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة التي استقرت عليها غالبية التشريعات، وبها أخذ الفقه والقضاء، فما هي مبررات الأخذ بها والاعتبارات التي قامت عليها، ونعرض كل ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: قاعدة خضوع شكل العقد إلى قانون محل إبرامه.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق قانون الشكل.

المطلب الثالث: ضوابط الإسناد للالتزامات التعاقدية في القانون الأردني.

المطلب الأول

قاعدة خضوع شكل العقد إلى قانون محل إبرامه

تقوم قاعدة إخضاع شكل العقد إلى قانون محل إبرامه، على مجموعة اعتبارات، وقد نشأ خلاف حول طبيعة هذه القاعدة فيما إذا كانت قاعدة آمرة أم تفسيرية. لذلك نعرض لمبررات القاعدة وطبيعتها وفق الآتي:

<u>أولاً – مبررات خضوع شكل العقد إلى قانون محل إبرامه:</u>

تقوم قاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون محل إبرامه على أساس من الاعتبارات العملية وهي لا تزال تقوم على هذه الاعتبارات حتى الآن ذلك لأننا لو ألزمنا الشخص الذي يتعاقد خارج بلده بأن يتبع الشكل الذي يقرره قانون جنسيته أو قانون موطنه لوقع في حرج قد يصل إلى حد تعذر مباشرة التصرف فهو قد يجهل الشكل الذي يقرره كل من هذين القانونينو حتى ولو عرفه قد يتعذر عليه مباشرته في محل إبرام التصرف ثم ماذا لو اختلف طرفا العقد من حيث الجنسية أو الموطن[1]

([1]) الدكتور عز الدين عبد الله..–القانون الدولي الخاص–.. مرجع سابق_ ص 487.

وجاءت هذه القاعدة لتيسير الأمر على المتعاقدين مراعاة لحاجة المعاملات الدولية بحيث يسمح لهم بمباشرة تصرفاتهم في الشكل المحلي هذه الاعتبارات العملية تعتبر وحدها كافية لتبرير الأخذ بالقاعدة فهذا هو الأساس الذي قامت عليه وذلك دون الحاجة إلى البحث عن أساس نظري و به يكتفي فقهاء القانون الدولي الخاص المعاصرين (Butiffal, Silz, Nibyet, Cheshirc, Biecy, Walff) فعلى سبيل المثال يقول سافيني في تعليله للأخذ بهذه القاعدة أن قانون المحل مبني على طبيعة الأشياء وقال نيبوابيه مضيفاً إلى الاعتبارات العملية التي تم شرحها سابقاً **تعليلاً نظرياً** "إن القوانين المتعلقة بالشكل تهدف إلى توكيد إعلان الإرادة وانه من ثم وجب أن تظهر هذه الإرادة في الشكل المقرر في البلد الذي أعلنت فيه أي في الشكل المحلي"[1]. وتكمن أيضاً الاعتبارات العملية في أن المتعاقدين قد لا يمكنهم إبرام التصرف وفقاً للشكل المفروض لصعوبة علمهم بأحكام قانون غير قانون الدول التي تم فيها التصرف بل حتى لو افترض علمهم بأحكامه قد لا يتيسر لهم إتباع الشكل المفروض في البلد الأجنبي لأي سبب من الأسباب التي تحول دون إتباع الشكل المطلوب كأن ترفض السلطة الأجنبية إتباع شكلية أخرى غير المقررة بقانونها والأمر يختلف تماماً فيما لو كان بإمكان أطراف العلاقة إتباع الشكل المقرر في قانون البلد الذي أبرم فيه التصرف إذ يمكن التعرف عليه ويمكن إعماله بكل سهولة ويسر[2].

ولهذه الاعتبارات جميعاً يتفق خصوم الإحالة في الدول التي تأخذ قوانينها إلى استبعاد حالة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام إذ أن هذه القاعدة الاختيارية يقصد منها صحة الأعمال القانونية التي تبرم في الخارج وهذا من شأنه استبعاد الإحالة إذا كان نتاجها بطلان هذه الأعمال[3]، بحيث إذا كان التصرف باطلاً وفقاً للقواعد في قانون دولة إبرام التصر ف وكانت قاعدة الإسناد في هذا القانون تحيل إلى

([1])- الدكتور عز الدين عبد الله-القانون الدولي الخاص- مرجع سابق -ص 488

([2]) - الدكتور حسن الهداوي. تنازع القوانين وأحكامه... -مرجع سابق _ص 174-175.

([3])- الدكتور سعيد يوسف البستاني_القانون الدولي الخاص_تطور وتعدد حل النزاعات الخاصة الدولية_منشورات الحلبي الحقوقية_بيروت_لبنان_2004.. _ص 171.

قانون آخر (القانون الذي يحكم الموضوع أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين) يعتبر العلاقة صحيحة وفقاً لأحكامه الموضوعية سواء أكان قانون القاضي أم قانون آخر أجنبي فإن **الأخذ بالإحالة**يكن أمراً مقبولاً وله ما يبرره وهكذا تبدو الإحالة بوصفها طريقاً يساعد على أن تحقق قاعدة الإسناد الوطنية هدفها في بعض الفروض التي قد تكون فيها عاجزة عن بلوغ هذا الهدف العزيز، هذا ويجب أن نلاحظ هنا أن التحليل المتقدم يفترض أن المحل يحكم شكل التصرف القانوني بوصفه ضابط الإسناد الوحيد وخصوصية هذا الوضع تختلف عن الفرض حيث تتضمن قاعدة الإسناد الخاصة بشكل التصرف أكثر من ضابط كما سنرى[1].

ويرى الفقهاء أن أهم تبرير يدعو إلى الأخذ بهذا الاستثناء هو الخشية من تفويت الاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام وأهمها التيسير على المتعاقدين وتفسير ذلك أن استشارة قواعد التنازع التي يتضمنها قانون الدولة التي ابرم فيها التصرف وقبول الإحالة منها إلى قانون آخر فيه تفويت للحكمة وللاعتبارات التي قامت عليها قاعدة خضوع التصرف لقانون محل ابرمه فالمشرع يهدف من وراء هذه القاعدة إلى التيسير على المتعاقدين ولا شك إن قبول إحالة قواعد التنازع في بلد الإبرام إلى قانون آخر يشكل إهداراً لحكمة هذه القاعدة وتجاهل للهدف الذي يسعى إليه المشرع من وراء تقريرها[2].

ثانيا- طبيعة قاعدة إخضاع شكل العقد لقانون محل إبرامه:

فعلى الرغم من أن قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام تقوم في نظر الفقه الغالب على اعتبارات عملية على نحو ما سبق بيانه ،إلا أن جانب من الفقه قد حاول مع ذلك أن يردها إلى أصول نظرية مما ترتب عليه خلاف في الأساس الذي تقوم عليه القاعدة خلافاً آخر حول طبيعة هذه القاعدة هل هي آمرة أم أنها قاعدة مفسرة أو مكملة؟ [3].

([1]) الدكتور عكاشة محمد عبد العال – تنازع القوانين دراسة مقارنة – الطبعة الأولى – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – 2004_ ص 276.

([2]) الدكتور سعيد يوسف البستاني_القانون الدولي الخاص.... مرجع السابق _ص 172.

([3]) الدكتور هشام علي صادق_القانون الواجب التطبيق–... مرجع سابق_ ص 387.

لقد مضت الإشارة إلى أن ظهور مبدأ إقليمية القوانين الذي يقضي بخضوع العقد لولاية القانون الإقليمي يقتضي بالضرورة وفقاً لهذا الاتجاه إخضاع شكل العقد لسلطان هذا القانون ويترتب على هذا التأصيل النظري للقاعدة المتقدمة اعتبارها قاعدة آمرة بحيث لا يجوز للمتعاقدين إخضاع شكل العقد المبرم بينهم لغير القانون المحلي، وينتهي بعض الفقهاء إلى نفس النتيجة السابقة ولكن يبررونها على أساس مختلف ومؤدى هذا الرأي إن وجوب الاطمئنان على التصرفات القانونية من حيث الشكل يقتضي الأخذ بالقاعدة المتقدمة وتبدو نصوص القانون المحلي بذلك كضرورة تتطلبها اعتبارات الأمن المدني وهو يضفي عليها الصفة الآمرة لتعلقها بالنظام العام.

إلا أن الاتجاهات السابقة التي تضفي قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه طابع الإلزام يتنافى مع الاعتبارات الأصيلة التي كانت تشكل وما تزال الأساس الفعلي لهذه القاعدة أي اعتباراتها العملية في التيسير على المتعاقدين واستقرار المعاملات[1]. إلا أن أساس استقرار هذه القاعدة في فقه الأحوال القديم يقوم على اعتبارات التيسير على المتعاملين وهي نفس الاعتبارات التي يستند إليها غالبية الفقه الحديث مما ترتب عليه ضرورة التسليم بالصفة الاختيارية لقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام.

فالشكل المقرر يهدف أساساً إلى التيسير على المتعاقدين وما دام أن هذا هو هدف القاعدة وتلك هي حكمتها فليس هناك ما يدعو إلى إجبار المتعاقدين على إتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام إذا كان هناك سبيلاً آخر أمامهم أكثر يسراً وسهولة لهم فإذا كان باستطاعتهم العلم بإحكام قانون آخر أكثر ارتباطاً بالتصرف مثل قانون الإرادة المشترك الذي يحكم موضوع العقد[2] وإن القول بغير ذلك فيه إهدار لحكمة القاعدة وهو التيسير على المتعاقدين خاصة في الفروض التي يبرم فيها المتعاقدون تعاقدهم أثناء مرورهم العارض أو مصادفه بدولة معينة قد يتعذر عليهم العلم بقانونها، كالمثال الذي ضربناه سابقاً من تعاقد تاجر أردني مع تاجر كويتي أثناء لقائهم مصادفة وهم في نزهة في تركيا فإذا كانت القاعدة إلزامية فان هذا سوف يؤدي إلى

([1])– الدكتور هشام علي صادق_القانون الواجب التطبيق.. –مرجع السابق_ ص 389.

([2])– الدكتورة حفيظة السيد الحداد_الموجز في القانون الدولي الخاص... مرجع سابق_ ص 336–337.

تطبيق أحكام القانون التركي لحكم العقد من حيث الشكل رغم أن تواجدهم في المكان الذي تم فيه العقد صدفة وبشكل عارض وليس له آي ارتباط بالتصرف المبرم.

أما المشرع الأردني فقد نص في المادة (21) من القانون المدني على أن "تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً ....."، ومن تحليل النص أعلاه نجد أن المشرع الأردني قرر أن هناك أصل عام يحكم العقود ما بين الإحياء في شكلها لقانون البلد الذي ابرم التصرف فيه كأصل عام وقرر أيضاً جواز خضوعها للقانون الذي يحكم موضوع التصرف نفسه أو قانون الموطن المشترك وهو ما يفيد أن النص هنا ليس نصاً آمراً بل نصاً مفسراً ومكملاً لإرادة المتعاقدين فلهم تطبيق الأصل كما لهم أيضاً الأخذ بالاستثناء ويستدل على ذلك من إيراد المادة 20 لفظ **ويجوز** في بداية شطر النص الثاني من المادة المذكورة، وفي هذا دلالة على أن المشرع اعتبر قاعدة خضوع التصرف لقانون بلد إبرامه قاعدة اختيارية يجوز للمتعاقدين تجاوزها واختيار غيرها من الاختيارات التي أوردتها المادة (21) وهذه الاختيارات سوف ندرسها تفصيلاً في المطلب الثاني من هذا المبحث ، مع الإشارة إلى أن أكثر التشريعات تعتبر هذه القاعدة قاعدة اختيارية، حيث أخذت بها المادة 20 من القانون المدني المصري وكذلك المادة 21 مدني سوري وكذلك تنص التشريعات الأجنبية على اختيارية هذه القاعدة كما في النمسا والمجر والسويد والنرويج وأيضاً في ألمانيا وايطاليا وان كانت لا تزال تعتبر في القلة من الدول ذات طبيعة آمره كما هو الشأن في اسبانيا (المادة 11 من القانون المدني) والأرجنتيني (المادة 180 من القانون المدني) وتشيلي (المادة 17 من القانون المدني الصادر سنة 1955) وتنص المادة 10 من القانون البولوني "بأن يسرى قانون الدولة التي تم فيها التصرف" ويجيز القانون المكسيكي "الاختيار ما بين قانون محل التصرف وقانون القاضي"[1].

([1]) الدكتور عز الدين عبد الله -.القانون الدولي الخاص... مرجع سابق ص-490-491

المطلب الثاني

نطاق تطبيق قانون الشكل

تطبق قاعد خضوع شكل العقد إلى قانون محل إبرامه في مجال محدد دون أن تطال كل العناصر المتعلقة بإبرامه. لذا نعرض للأشكال التي تخرج عن مجال تطبيق القاعدة، وتلك التي تدخل في مجال تطبيقها وفق الآتي:

<u>أولاً – الأشكال التي تخرج عن مضمون فكرة الشكل:</u>

يخرج عن مجال تطبيق قاعدة خضوع شكل العقد إلى قانون بلد إبرامه مجموعة من المسائل هي:

1 – **الأشكال المكملة للأهلية:** يقصد بهذه الأشكال الإجراءات الواجب اتخاذها لتمكين ناقص الأهلية من مباشرة تصرف معين ومثال ذلك الحصول على إذن الوصي لأجل قيام القاصر بتصرف قانوني معين أو الحصول على إذن الزوج في بعض التشريعات لإمكان قيام الزوجة بتصرف معين وهذا النوع من الأشكال يرتبط ارتباطاً كاملاً بموضوع التصرف الذي يراد القيام به لذلك فإنه يخضع للقانون الذي يحكم التصرف ذاته[1]، ضرورة حصول القاصر على إذن من القاضي للتصرف في بعض أمواله أو وجوب حصول الوصي على إذن للتصرف بأموال القاصر[2].

2- **الأشكال المرتبطة بإجراءات التقاضي:** تخضع إجراءات التقاضي والسير في الدعوى إلى قانون القاضي الذي ينظر الدعوى وهو ما نصت عليه المادة 23 من القانون المدني الأردني "يسري قانون البلد الذي تقوم فيه الدعوى أو تباشر فيه إجراءاتها على قواعد الاختصاص وا جراءات التقاضي". وهي تقابل المادة 23 من القانون المدني السوري وتقابلها المادة 22 من القانون المدني المصري "يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات" وقد أشارت الأشكال التي يتطلبها قانون أصول المحاكمات المدنية والذي هو عبارة عن مجموعة من القواعد العامة والمجردة المنظمة

([1])- عبد الحكيم محسن عطروش – أحكام تنازع القوانين في القانون اليمني والقانون المقارن- مرجع سابق _ص 168.

([2])- الدكتور فؤاد ديب – القانون الدولي الخاص.... -مرجع سابق_ ص 342.

لمرفق القضاء في الدولة والمبينة للقواعد الإجرائية واجبة الإتباع في مجال رفع الدعوى والطعن بالأحكام... الخ. أثار إشكالية لدى الفقه القانوني. إذ يرى البعض أن الأشكال الخاصة بهذا القانون لا تختلف عن فكرة الشكل القانوني للتصرف على اعتبار أن الاثنين يمثلان الشكل الخارجي الذي يتطلبه القانون للقيام بتصرف معين بينما يرى البعض الآخر وهو الرأي الراجح على أن الاثنين مختلفين عن بعضهما البعض على اعتبار أن قواعد أصول المحاكمات المدنية تخضع لقانون البلد الذي تتم فيه هذه الأصول وبالتالي نراه يخضع لقانون القاضي المتخذ أمامه احد الإجراءات الخاصة بقانون الأصول المدنية[1]. إلا أنقاعدة شكل التصرف تتعلق بنشاط الأفراد وا ٍرادتهم الحرة والهدف منها ليس تسير مرفق القضاء وضمان حسن سير العمل فيه، بل إن الهدف منها هو التيسير على الأفراد في تعاقداتهم وتصرفاتهم القانونية وهو هدف مختلف عن الهدف الذي ينشده المشرع من قانون الأصول المدنية لذلك فان هذه الأشكال التي تتطلبها الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات أو قانون الأصول المدنية كما التسمية في الأردن أو المرافعات في مصر ولبنان لا تدخل ضمن فكرة شكل التصرف وقاعدته التي تقول بأن شكل التصرف خاضع لقانون بلد إبرامه[2].

3 – الأشكال المتعلقة بالعلانية أو شهر الحقوق العينية: ترتبط أشكال العلانية والشهر بنشوء الحق العيني العقاري كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية التبعية وهي مختلف الوسائل اللازمة لشهر التصرفات مثل التسجيل في السجل العقاري وتخضع لقانون موقع المال لأن القواعد التي تنظمها تطبق تطبيقاً إقليمياً فهذه الأشكال وجدت لحماية الائتمان العام وا ٍعلام الغير وحمايتهم ولا يمكن تحقيق هذا الغرض إلا بتطبيق قانون موقع المكان الذي يوجد فيه العقار نفسه[3]. إلا ، ن إخضاع إشهار التصرف لقانون موقع المال لا يثير أي خلاف بالنسبة إلى العقار أما بالنسبة إلى شهر هذا التصرف المرتب لحق عيني على منقول مثل وسائل النقل (المراكب والبواخر

([1]) – عبد الحكيم محسن عطروش–أحكام تنازع القوانين في القانون اليمني والقانون المقارن... –مرجع سابق _ص169.

([2])– المرجع السابق–........ –ص 170

([3]) – الدكتور فؤاد ديب – القانون الدولي الخاص – مرجع سابق – ص 343.

والطـــــــــــائرات) فإنهـــــــــا تخضـــــــــع لقـــــــــانون العلـــــــــم (Loi de pavillon) أي قانون البلد الذي قيدت فيه وحملت علمه باعتباره قانون موقعها ولكن القضاء الفرنسي ذهب في الكثير من إحكامه إلى تطبيق قانون الموقع الفعلي وقضى بأنه لا يصح الاحتجاج في مواجهة الدائنين الحاجزين على باخرة في فرنسا بالحقوق العينية المقررة عليها والتي لم يجري إشهارها في فرنسا وهو قضاء منتقد عند الفقه الفرنسي[1]، ويلاحظ أن بعض التشريعات تشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ ز غذ نصت المادة 1117 مدني مصري(تقابلها المادة 1405 مدني اردني) على أنه "لا يعتبر رهن المنقول حيازياً إلا إذا دون في ورقة ثابتة التاريخ يحدد فيها الدين والمال المرهون إلى جانب انتقال الحيازة إلى المرتهن" ويرى بعض الشراح أن استلزام الكتابة في هذه الحالة يخضع لقانون موقع المال وفقاً للمادة 19 من القانون المدني الأردني لأنها ليست مجرد شكل للتصرف بل هي شكل للعلانية ويتبع في شأن الإجراءات اللازمة للاحتجاج على الغير بحوالة الحق أو برهن الدين القواعد المقررة في قانون موطن المدين[2].

ثانياً : الأشكال التي تدخل في مضمون فكرة الشكل:

إن شكل التصرف بمعنى إخراج الإرادة إلى العالم الخارجي قد يتطلبه المشرع كركن لانعقاد التصرف وقد يكون مطلوباً لمجرد إثبات التصرف ونتعرض فيما يلي لكل من فكرة الشكل المطلوب للانعقاد والشكل المطلوب للإثبات[3]، ونعرض ذلك وفق الآتي:

1– الشكل المطلوب للانعقاد: قد يتطلب المشرع شكلاً معيناً لانعقاد التصرف كما هو الشأن بالنسبة إلى الهبة والرهن. وقد ذهب جانب من الفقهاء الفرنسيين إلى القول بأن لزوم الشكل أو عدم لزومه لانعقاد التصرف هي مسألة موضوعية يرجع في شأنها للقانون الذي يحكم الموضوع فإذا تطلب القانون شكلاً معيناً للانعقاد يترتب على

([1])– الدكتور عز الدين عبد الله.–القانون الدولي الخاص.. –مرجع سابق _ص 505.

([2])– الدكتوة حفيظة السيد الحداد–الموجز في القانون الدولي الخاص–مرجع السابق–ص397

([3])– الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق–مرجع سابق. _ص 584.

تخلفه بطلان التصرف فانه لا يجوز أن يفرغ التصرف إلا في هذا الشكل مثل أن يفرغ في مستند مكتوب أو بصفة خاصة في مستند رسمي بهدف حماية الإرادة وهو ما يقتضي اعتباره مسألة موضوعية[1]. ولقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بخصوص المادة 20 من القانون المدني المصري "... ويراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي التي تعتبر ركناً في انعقاد التصرف كالرسمية والرهن التأميني فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه الفصل في التصرف من حيث الموضوع"[2].

وقد أكد بعض من الفقه المصري سلامة هذا الاتجاه لأنه يتماشى مع اعتبارات التيسير على المتعاملين والتي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام. فإذا كان القانون الذي يحكم الموضوع يتطلب الكتابة مثلاً كركن لانعقاد التصرف القانوني ولم يكن قانون محل الإبرام يستلزمها وا ٕنما يعتبر العقد رضائياً فإن منطق الرأي المخالف يقتضي التعيين بالكتابة كشرط لانعقاد التصرف ولا شك إن هذه النتيجة تخالف حكمة القاعدة والتي تقضي بإتباع أحكام القانون في بلد الإبرام والتي مؤداها أن يعتبر العقد صحيحاً بغير الكتابة إذ لو قلنا باحترام قانون الموضوع بمعنى أن العقد لا ينعقد بغير الكتابة فلا يبقى ما يرجع فيه لقانون الشكل[3].

ومن جهة أخرى فيما لو كان الشكل الذي يتطلبه قانون الموضوع رسمياً – قد يؤدي إلى استحالة إبرام التصرف في بعض الفروض ذلك أن الرسمية قد تتطلب تدخل موظف رسمي يخضع لقانون دولته التي يتبعها فإذا لم يجد المتعاقدون في بلد الإبرام موظفاً مختصاً بإفراغ تصرفهم في الشكل الرسمي المطلوب ولم يكن قنصلية تابعة للدولة التي يتعين تطبيق قانونها على موضوع التصرف والذي قد لا يعلمه المتعاقدون في تلك اللحظة لاستحال عليهم إبرام التصرف في الدولة التي يوجدون بها وهو ما

([1])- الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق .... مرجع سابق _ص 386.

([2])- راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء الأول_ص 296 وما بعدها بخصوص المادة 20 مدني مصري، وبنفس النص المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني الجزء الأول_ ص 50 وذلك بخصوص المادة 21 مدني أردني.

([3])- الدكتور هشام علي صادق–القانون الواجب التطبيق–مرجع سابق – ص 386.

يتنافى مع الاعتبارات التي قامت عليها قاعدة شكل التصرف يخضع لقانون بلد الإبرام، وعلى ذلك فإذا كان القانون الذي يحكم الموضوع يتطلب الشكل الرسمي بينما يكتفي قانون بلد الإبرام بالشكل العرفي ففي هذه الحالة ينعقد التصرف صحيحاً ما دام انه قد افرغ في الشكل العرفي[1].

2– الشكل المطلوب للإثبات: يجمع الفقه في فرنسا ومصر على أن لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف يخضع للقانون الذي يحكم شكل التصرف كما يخضع له أيضاً قوة هذا الدليل في الإثبات[2]، وكما أن القانون الذي يحكم شكل لعقد هو الذي يحكم مختلف الأوضاع التي تراعى في تحريره فإنه يرجع أيضاُ إلى ذات القانون في مسألة استلزام **الدليل الكتابي لإثبات العقد** أو عدم استلزامه، وذلك وفقاً للرأي السائد في التشريعات اللاتينية وخلافاً لما هو متبع في التشريعات الانجلوسكسونية من إخضاع كل ما يتعلق بالإثبات لقانون القاضي. فإذا كان القانون الذي يحكم الشكل لا يتطلب الدليل الكتابي بينما يستلزم قانون القاضي هذا الدليل فإنه يجوز إثبات التصرف بغير الدليل الكتابي[3].

وكان مؤدى هذا المنطق انه يتعين إثبات التصرف بالدليل الكتابي فيما لو استلزم تلك القانون الذي يحكم الشكل وحتى لو كان قانون القاضي لا يشترط دليلاً كتابي لإثبات التصرف إلا أن جانب من الفقه الفرنسي والمصري والذي أرى صواب رأيه بحق عدم استلزام الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون الذي يحكم الشكل ما دام أن قانون القاضي يسمح بإثبات التصرف بغير هذا الدليل لاستجابة هذا الرأي للاعتبارات العملية والحكمة من إخضاع التصرف من حيث الشكل لقانون بلد الإبرام والتي تهدف القاعدة إلى تحقيقها[4].

([1]) –الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق – مرجع سابق_ ص 386.

([2]) – المرجع السابق.... ص _387.

([3]) – الدكتور محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص – الطبعة الثانية – مؤسسة الثقافة الجامعية – الإسكندرية – 1983 – ص 597.

([4]) – الدكتور هشام علي صادق –القانون الواجب التطبيق .... مرجع سابق _ص 387. وللمزيد انظر الدكتور عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – مرجع سابق – ص 507.

إذ أن مسألة الإثبات ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمسألة الشكل فالقانون الذي يحكم الشكل هو الذي يحكم الإثبات وهو ما نصت عليه صراحة بعض التشريعات كالمشرع العراقي في المادة(13) من قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 حيث نصت على "أن يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني..." وهذا يعني أن المشرع العراقي قد ربط بين الشكل والإثبات، إذ أن نص المادة 26 من القانون المدني العراقي التي قررت أن العقد من حيث الشكل يكون وفقاً للقاعدة العامة لقانون الدولة التي تم فيها إبرام التصرف وبذلك يكون قد اخضع الشكل والإثبات إلى نفس القانون وهو قانون البلد الذي تم فيها التصرف ولا يوجد في القانون الأردني نصاً صريحاً بهذا المضمون[1].

المطلب الثالث

ضوابط الإسناد في القانون الأردني

عددت المادتان (20 و21) مدني أردني عدة ضوابط وقد قسمتها إلى ضوابط مادية وضو ابط معنوية نعرضها وفق الآتي:

أولاً – ضوابط الإسناد المادية:

نص القانون الأردني على مجموعة خيا ات في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد، نعرضها وفق الآتي:

1– قانون الموطن المشترك: عرفت المادة 39–1 مدني أردني الموطن: هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة

02(ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن،

3وا ٍذا لم يكن للشخص مكان يقيم فيه عادة يعتبر بلا موطن ونصت المادة(40) من القانون المذكور على أن((يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجاره أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة هذه الأعمال المتعقلة بهذه التجارة أو الحرفة) ونصت المادة(41) على أن

((1– موطن القاصر والمحجور عيه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً

([1])– الدكتور حسن الهداوي–تنازع القوانين وأحكامه في القانون الأردني–... مرجع سابق_ ص 180.

2 – ومع ذلك يجوز أن يكون للقاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبر القانون أهلاً لمباشرتها)) كما نصت الماد 1/42 على الموطن المختار يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين ونصت المادة (52) على أن الشخص الاعتباري يتمتع بالحقوق وله موطن مستقل هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، وقد جاء في قرار لمحكمة التميز الاردنية رقم 2001/2654تار يخ 2001/10/15 أنه "يعتبر مصرف الرافدين العراقي مؤسسة مصرفية تمارس أعمالها في المملكة الأردنية الهاشمية فهي والحالة هذه ذات محل عمل وموطن في المملكة وهي بالتالي تخضع لاختصاص القضاء الأردني..." [1]، كما جاء في قرار آخر **رقم 199/3461 تاريخ 2000/6/5** "**حيث أن وكيل المدعي (المميز) قد أفاد أن موكله يعمل في مدينة الرياض في المملكة العربية السعودية ويقيم فيها إقامة دائمة منذ حوالي عشرين عاماً وبناء عليه فإنها تعتبر هي موطنه ولا سبيل لتبليغه اليمين في الأردن وفق الأصول الواردة في المواد ذوات الأرقام (8 و9 و 10) من قانون أصول المحاكمات المدنية**"[2].

ويقصد بضابط الإسناد(قانون الموطن المشترك) أي انه اشترط لتطبيق قانون الموطن أن يكون المتعاقدان يضمهما موطن مشترك، ومما لا شك فيه أن الموطن يتمتع بأهمية خاصة في مجال المعاملات المالية التعاقدية ولا سيما فيما يتعلق بتنفيذ العقود وربما يكون الموطن خارج بلد الإبرام خاصة في ضوء تطور التجارة الدولية وسهولة انتقال الأشخاص والبضائع فغالباً في العالم المعاصر أصبح التاجر يسافر إلى بلد المنتج ويتعاقد معه[3]، ورغم إن فكرة الموطن اسبق في ظهورها من فكرة الجنسية فالجنسية رابطة قانونية سياسية تفيد انتماء الفرد إلى دولة معينة أما الموطن فهو صلة بين الشخص والمكان وتبدو أهمية الموطن في مختلف موضوعات القانون الدولي الخاص بحجية يبرز الموطن كضابط إسناد اعتدت به بعض التشريعات ومنها القانون الأردني والمصري ومعظم التشريعات العربية فقد اخذ به المشر ع المصري كضابط

([1]) – منشورات مركز عدالة – برنامج محوسب– عمان –الأردن.

([2])– منشور على الصفحة 232/6 من المجلة القضائية لسنة 2000.

([3] الدكتور فؤاد ديب–القانون الدولي الخاص– مرجع سابق –ص 339.

إسـناد فيمـا يتعلـق بالالتزامـات التعاقديـة (م 19 مـدني) فأخضـعها لقـانون مـوطن المتعاقدين مالـم تتجـه إرادتهمـا إلـى اختيـار قـانون آخـر صـراحة أو ضـمناً كمـا أجـاز خضـوع شـكل العقـد لقـانون مـوطن المتعاقـدين المشـترك (م-20مـدني مصـري) ، و نخلص مما تقدم أن فكرة الموطن واحدة لا تتعدد سواء كنا بصدد حالة قانونية وطنية أم بصدد رابطه ذات عنصر أجنبي.

2- قانون محل إبرام التصرف: يعد ضابط محل إبرام التصرف من الضوابط المادية وقد تم بحث هذا الضابط بشكل كامل وموسع في بداية هذا المطلب باعتباره القاعدة العامة التي تحكم شكل العقد وتحلياً وتجنباً للتكرار سوف أتجنب بحثها مرة أخرى في هذا المقام.

ثانياً : ضوابط الإسناد المعنوية:

عـدد المشـرع الأردنـي فـي المـادتين (1/20 و21) مـن القـانون المـدني الأردنـي ضوابط إسناد معنوية نعرضها وفق الآتي:

1 - قانون الإرادة (القانون الذي يختاره المتعاقدان) (صراحة أو ضمناً): أورد المشـرع الأردنـي هـذا الضـابط فـي المـادة 1/20 مـدني أردنـي الـذي يحكـم الالتزامـات التعاقديـة موضـوعاً إلا انـه عاد وكرر نفس الضـابط في المادة 21 مدني أردني ولكن ليس بصورة مباشرة حيث نص على أنه "يسري على العقود بين الأحياء... أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية...." وحيث أن الضابطين الآخرين المنصوص عليهما في المادة 1/20 وهما ضابط موطن المتعاقدين المشترك وكذلك ضابط قانون الدولة التي تم فيها التعاقد (قانون البلد الذي تم فيه كما أوردته المادة 21) فإننا نخلص إلى نتيجة مؤداها أن ضابط الأحكام الموضوعية الوارد في المادة 21 المقصود منه هـو قـانون الإرادة كـون المـادة 21 مـن القـانون المـدني الأردنـي قـد أخـذت بهـذين الضابطين لحكم شكل العقد فان تعبير (القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية) ينصرف بالذات إلى قانون الإرادة الذي اتفق عليه المتعاقدان صراحة أو ضمناً لحكم الالتزامات التعاقدية (1/20 مدني) من حيث الموضوع، وفي هذه الحالة يخضع العقد من حيث الموضوع والشكل لقانون واحد هو قانون الإرادة وهذه هي ميزة الأخذ بقانون الإرادة في حكم شكل الرابطة التعاقدية وهي تحقق وحدة القانون واجب التطبيق على

العقد بمجمله وهذا ما يكون أقرب إلى طبيعة الأمور من حيث تطبيق أكثر القوانين صلة وارتباطاً بالعقد من غيره من القوانين الأخرى مما يعزز الأخذ به في حكم شكل العقد[1]. أما إذا أهمل المتعاقدان اختيار قانون معين لحكم العقد تعذر عندئذ أعمال قانون الإرادة على شكل العقد وانحصر اختيارهما بين قانون الجنسية المشتركة وقانون موطنهما المشترك.

2- ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين: تعد الجنسية رابطة قانونية سياسية تفيد اندماج الفرد في عنصر السكان بوصفه من العناصر المكونة للدولة، وفي تعريف آخر: هيرابطة قانونية وسياسية تربط فرداً معيناً بدولة معينة يصبح الفرد بموجبها عضواً في الشعب المكون للدولة. لذلك فإنه للجنسية جانبين جانب قانوني وآخر سياسي، فالجنسية رابطة قانونية بمعنى أن القانون هو الذي يحكم نشأتها وزوالها كما يحدد مختلف الآثار التي تترتب عليها وهي أيضاً رابطة سياسية لأنها تقوم على فكرة الولاء السياسي للفرد إزاء دولته يتمثل في شعوره بشأنها كعضو داخل شعب الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته وهو بذلك مستعد لما تفرضه عليه هذه العضوية من أعباء تتصل بمصالح الشعب بمجموعه، وتتأثر رابطة الجنسية في وجودها وانقضائها بمدى ما يدين به الفرد للدولة من ولاء سياسي وهي بذلك ترتب حقوق وتكاليف ذات صبغة سياسية فله حق الاشتراك في الحكم عن طريق حق الانتخاب وله حق الاشتراك في الحكم عن طريق حق الانتخاب والترشيح لعضوية المجالس النيابية وتولي الوظائف العامة مقابل بعض التكاليف التي يتحملها وعلى الأخص الخدمة العسكرية وأداء الضرائب والالتزام بالقانون... الخ[2].

ولا يثبت حق إنشاء الجنسية إلا للدول من بين أشخاص القانون الدولي العام فليس للأمم المتحدة أو الهيئات الدولية الأخرى أن تنشئ جنسية ما على انه لا يشترط أن تكون الدولة قد استكملت مقومات السيادة[3]. فالدولة ناقصة السيادة في بعض

([1])- الدكتور فؤاد ديب.-القانون الدولي الخاص-.. مرجع سابق- ص (338-339).

([2]) - الدكتور سعيد يوسف البستاني - الجنسية القومية في تشريعات الدول العربية -دراسة مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - 2003 - ص 23.

([3]) - الدكتور محمد كمال فهمي.-أصول القانون الدولي الخاص-... مرجع سابق- ص 73.

الأحيان حق إنشاء جنسية خاصة بها والجنسية رابطة قانونية وليست تعاقدية بين الفرد والدولة التي ينتمي إليها بجنسيته. على أن جنسية الشخص المعنوي لا يقصد به مدلول الجنسية على النحو السابق ذكره بل ينصرف إلى النظام القانوني الذي يخضع له الشخص المعنوي أي القانون الذي يحكم إنشاء الشخص المعنوي وتنظيم العمل فيه وانقضاؤه فإذا قيل شركة أردنية أو فرنسية أو انجليزية كان معنى هذا أن هذه الشركة تخضع في إنشاءها وتكوينها لأحكام القانون الأردني أو الفرنسي أو الانجليزي على التوالي، ولذلك كان من الأفضل أن يستبعد اصطلاح جنسية الشخص المعنوي ليستبدل به اصطلاح "النظام القانوني للشخص المعنوي"[1].

ووفقاً للرأي الراجح فإن رابطة الجنسية هي رابطة أو علاقة تنظيمية تربط فرداً معيناً بدولة معينة وليس رابطة تعاقدية كما صورها البعض تنشئها الدولة وتضع القواعد الخاصة بها مسبقاً ولها مطلق الحرية في تعديل تلك القواعد بما يتفق مع مصالحها العليا الأساسية فقانون الجنسية هو الذي يحدد من هو الوطني ومن هو الأجنبي دون تدخل من الفرد والعلاقة بينهما تبنى على أساس حماية الدولة للفرد والخضوع من جانب الفرد ودوره قاصر على الدخول في العلاقة القانونية التي تربطه بالدولة إذا توافرت الشروط التي وضعتها الدولة لاكتساب الجنسية التي ليس له أن يبدل أو يغير أو يناقش في تلك الشروط وا ٍذا كان لإرادته دور في بعض الأحيان فإن دور تلك الإرادة يقتصر على تهيئة الوقائع التي يرتبط بها الأثر القانوني دون أن تكون الإرادة مصدراً مباشراً للجنسية[2].

وأكثر التشريعات تعتمد في بناء الجنسية الأصلية وبصفة أساسية على حق الدم المستمد من الأب إذ تنتقل جنسية الأب لأبنائه بمجرد ثبوت رابطة النسب دون أي شرط آخر وبصرف النظر عن جنسية الأم أو مكان الميلاد .وتغليب جنسية الأب في بناء حق الدم يقوم على اعتبار أن الأب هو رب الأسرة أن حق الدم يعد قرينة على الاستيثاق من الشعور القومي والصلة الروحية التي تربط المولود بالأمة التي ينتمي

([1])الدكتور محمد كمال فهمي- أصول القانون الدولي الخاص-مرجع سابق- ص- 85.

[3]- الدكتور جابر إبراهيم الراوي – شرح أحكام الجنسية – مرجع سابق – ص 24.

إليها آباؤه[1].على أن الذي ينظم أحكام الجنسية في الأردن هو قانون الجنسية الاردنيه رقم(6) لسنة 1954 وتعديلاته[2]، على انه إذا كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة في مجال الروابط التعاقدية فان جانب من الفقه يدافع عن تطبيق قانون جنسية دولة القاضي بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بتطبيق قانون الجنسية الواقعية بينما اتجه فريق ثالث من الفقه إلى القول بعدم التقيد بحل معين مسبقاً إذ أن حل مسألة تعدد الجنسيات لا تعدو أن تكون مسألة تابعة لمسألة أصلية أما متعلقة بمركز الأجانب أو تنازع القوانين أو الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ويذهب الفقه المصري في مجموعه إلى القول بأنه إذا كان الشخص يتمتع بالجنسية المصرية إلى جانب تمتعه بجنسية دولة أخرى فانه يعامل في مصر على انه من الوطنيين وذلك بغض النظر عن كون هذا الشخص مرتبطاً من الناحية الفعلية بإقليم هذه الدولة أم لا.(4) وبهذا الرأي أخذ المشرع الأردني في المادة 26 من القانون المدني الأردني التي نصت" تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه ... على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية الأردنية وجنسية دولة أجنبية أخرى فان القانون الأردني هو الذي يجب تطبيقه"وهذا أيضاً هو موقف المشرع المصري في المادة 25 مدني مصري[3].

نخلص مما سبق أن المشرع الأردني شأنه شأن التشريع المقارن اخذ كقاعدة عامة بضابط مكان الإبرام لتحديد القانون الذي يحكم العقود من الناحية الشكلية وجعل من هذه القاعدة "المحل يحكم شكل التصرف" قاعدة اختيارية وليست آمرة أي أن المتعاقدين بالخيار بينها وبين باقي ضوابط الإسناد التي عددتها المادة 21 مدني أردني مع إضافة الملاحظات الآتية:

1- استهل المشرع عبارة النص المذكور – تخضع العقود ما بين الإحياء واني إذ ابدي تحفظي على هذا اللفظ فهل توجد عقود بين الأموات وبالتالي تقابلها عقود بين الأحياء

---

(1)- الدكتور هشام صادق –دروس في القانون الدولي الخاص – الجنسية المصرية وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية – 2005 –ص –(10-11).

(2) – نشر هذا القانون في الصفحة (100) من العدد (1171) من الجريدة الرسمية بتاريخ 1954/2/16 وعمل به اعتباراً من 1965/4/25

ليفرض المشرع لتلك العقود قاعدة خاصة بها؟! فكل لفظ في القانون يفترض أن يكون له مقابل – فنقول (تصرف إرادي – يقابله تصرف لا إرادي) (فعل نافع – فعل ضار) – (إرادة صريحة – إرادة ضمنية) فهل هناك عقود بين الأموات تقابلها عقود بين الأحياء. ونرى أن إرادة المشرع انصرفت إلى إخراج العقود المضافة إلى ما بعد الموت والتي تم إفراد نص خاص بها هو المادة 18 السابقة للمادة 21 أي أن إرادة المشرع انصرفت إلى استثناء وا إخراج الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وكذلك عقد الهبة من نص المادة التي نحن بصددها وذلك كون هذه التصرفات تحاط عادة بضمانات تكفل حماية المتصرف وحماية حقوق خلفائه من الورثة ومن بين هذه الضمانات ما يكون مجرد وضع من أوضاع الشكل، إلا إن الهبة تم استثناءها من نص المادة بشكلها الأخير الذي وردت به حيث تم اعتبارها عقداً مثل سائر العقود ومما يؤيد وجهة النظر هذه ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تحفظ (فؤاد بك حسني) عندما ذكر بأن صياغة الفقرة الأولى من هذه المادة مثار للنقد وانه يتعين تعديلها[1]. لذا، كان يجب إبدال العقود بين الأحياء الواردة في صدر هذه المادة بأي عبارة تفيد الاستثناءات (مثل باستثناء العقود السابقة) (أو باستثناء العقود المضافة إلى ما بعد الموت الواردة في المواد.

2- أورد هذا النص كلمة البلد ومن المعروف أن تنازع القوانين لا يقوم إلا بين قوانين دول وليس قانون بلدان أي القوانين الصادرة عن الدولة بموجب مبادئها الدستورية وتمتعها بالصفة الدولية يجب أن يكون بين قوانين صادرة عن دولة ذات سيادة وبغض النظر عن درجة استقلالها وهذا ما يعبر عنه الفقهاء بالصفة الدولية للقوانين المتنازعة[2].

الفصل الثاني

كيفية تطبيق القانون الأجنبي وموانع تطبيقه

([1])- انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بخصوص هذه المادة والتي تقابلها في القانون الأردني المادة 20 – الجزء الأول – ص 267.

([2]) – الدكتور فؤاد ديب–القانون الدولي الخاص–مرجع سابق....– ص 11.

إذا كـان القـانون الواجـب التطبيـق علـى الرابطـة التعاقديـة هـو القـانون الـوطني للقاضـي فلا تبرز مشكلة البحث عنـه أو تفسيره لأنـه معروف بالنسبة إلـى القاضـي أم إذا كان نتاج قاعدة الإسناد هو تطبيق قانون أجنبي فان السؤال الذي يطرح نفسه من هو المكلف بالبحث عنه؟ وما دور القاضـي في تفسيره وا ٍثباته؟ وما هو دور الخصـوم في هذا التطبيق؟ وما هي طبيعة هذا القانون أو أساس تطبيقه؟ وهل يعامل معاملـة المسـاواة كالقـانون الـوطني؟ وهـل يحـتفظ بصـفته كقـانون رغـم عبـوره حـدود مشـرعه الوطني؟ وهل يتحتم على القاضـي تطبيقه أم إن هنـاك موانـع تمنـع تطبيقه بـالرغم من اختصاصـه بحكم الرابطـة التعاقديـة؟وما هـي هذه الموانـع ؟. نعرض الإجابـة علـى هذه التساؤلات في المباحث الآتية

المبحث الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي وموقف القضاء المقارن.

المبحث الثاني: إثبات مضمون القانون الأجنبي وتفسيره.

المبحث الثالث: موانع تطبيق القانون الأجنبي.

المبحث الأول

أساس تطبيق القانون الأجنبي وموقف القضاء المقارن

إذا توصل القاضي الوطني أن القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي فما هو الأساس الذي يستند عليه لتطبيق القانون الأجنبي؟ وما هو موقف القضاء من هذا الأساس؟ وهو ما سأتناوله من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الثاني: موقف القضاء من أساس تطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الأول

الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي.

أثارت مسألة الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني جدلاً في الفقه والقضاء المقارن يمكن حصره في ثلاث نظريات:

أولاً – نظرية الحقوق المكتسبة:

يرى بعض الفقهاء أن القاضي لا يطبق القانون الأجنبي بوصفه كذلك بل إن ما يفعله فقط هو انه يعترف بالحق الذي تم اكتسابه في الخارج أخذاً في الاعتبار القانون الأجنبي الذي نشأت وفقاً له الحقوق المراد الاعتراف بها أمامه فمثلاً إذا طرحت مسألة تتعلق بالزواج وبشرعيته أمام القاضي الأجنبي فهو لا يعترف بها إلا في ضوء الأوضاع التي يحددها القانون الأردني في ذاته للاعتراف بهذا الزواج وبصفته هذه وهو بهذا المقتضى إنما يهدف إلى الاعتراف بالحق الذي نشأ وفق هذا القانون الذي لا يخرج عن كونه عنصراً من عناصر الحق أو الواقعة التي أدت إلى اكتسابه وفقاً لهذه النظرية[1]. لذلك، فإن القاضي الوطني لا يستطيع أن يقدر صحة اكتساب الحق ومدى الاعتراف به تبعاً لذلك إلا وفقاً لأحكام القانون الأجنبي الذي نشأ الحق واكتسب في ظله[2]، ومن يتمسك من الخصوم بنشأة هذا الحق في الخارج يكون عليه

([1]) – الدكتور عكاشة محمد عبد العال.–تنازع القوانين–دراسة مقارنة–الطبعة الأولى–منشورات الحلبي الحقوقية–بيروت–لبنان–2004..._ ص 357.

([2]) – الدكتور محمد عبد الله المؤيد.–القانون الدولي الخاص.. مرجع سابق ص 67.

أن يثبت أمام القاضي الانجليزي أو الأمريكي وجوده وذلك بان يثبت القانون الأجنبي المعتبر سبباً في اكتسابه ومتى تمكن الخصم من إقامة الدليل على حقه الذي نشأ واكتسبه وفقاً للقانون الأجنبي فانه يكون على القاضي الوطني أن يعترف به[1]. غير إن هذه النظرية قاصرة وغير منطقية وهي قاصرة لأنها تقتصر على الحقوق التي نشأت في الخارج دون أن تتطرق إلى الحقوق الناشئة في دولة القاضي وفقاً لأحكام القانون الأجنبي وغير منطقية لأن الاعتراف بالحق المكتسب في الخارج وفقاً لقانون أجنبي يعني في واقع الأمر اعترافاً بالقانون الأجنبي ذاته الذي نشأ وفقا له هذا الحق الذي طبقه القاضي الوطني[2].

<u>ثانياً – القانون الأجنبي مسألة (واقع):</u>

يذهب البعض في فرنسا (بايتفول ولاجارد) إلى أن القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون أمام القاضي الوطني الذي يطبقه عنصراً من عناصر الواقع وهم ينطلقون من نقطة محددة أن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي بصفه قانوناً أمر بتطبيقه المشرع الأجنبي بل يرون أن لكل قاعدة قانونية عنصران:العنصر الأول قاعدة عامة مجردة والعنصر الثاني الأمر والإلزام وهي تتمتع بهذين العنصرين متى كان تطبيقها في داخل الدولة التي سنتها وعند خروجها خارج حدود دولتها فإنها تحتفظ بصفة الحكم العام المجرد تاركة وراءها عنصر الإلزام، أي إن القانون الأجنبي يفقد عنصر الإلزام أمام القاضي الوطني ويطبقه خالياً من عنصر الإلزام محتفظاً بصفته واقعة يتبين وجودها ولزم إثباتها أمامه[3]. وبناء على ذلك يظهر القانون الأجنبي كمجرد عنصر في واقعة مجردة من أية قوة في حد ذاتها ولكنها تستمد قوتها القانونية من مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في قانون القاضي الوطني وبناء عليه ينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى ضرورة معاملة القانون الأجنبي معاملة الوقائع[4]،وقد واجه هذا الرأي انتقاداً من الفقه الذي اعتبر أن القاعدة القانونية تحتفظ بطبيعتها سواء طبقت داخل حدود الدولة

([1]) – الدكتور عكاشة محمد عبد العال–تنازع القوانين–... مرجع سابق ص 357.

([2])– الدكتور عبده جميل غ ًصوب – دروس في القانون الدولي الخاص – الطبعة الأولى – مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – بيروت – لبنان 2008 ص 131–132.

([3]) – الدكتور عكاشة محمد عبد العال–تنازع القوانين–... مرجع سابق ص (359–360).

([4]) – الدكتور فؤاد ديب.–القانون الدولي الخاص–.. مرجع سابق_ ص (116–117).

الصادرة عنها أو خارجها سواء طبقها قاضي الدولة التي صدرت فيها أو قاضي أجنبي آخر وسواء تم التسليم جدلاً بأنها تفقد عنصر الأمر عندما تطبق خارج إقليم الدولة فلماذا تسلم هذه النظرية بأنها تسترد قوتها بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية؟ وانتهى الذين انتقدوا هذه النظرية إلى القول بان الأخذ بها يؤدي إلى إهدار قاعدة التنازع إذ لن يعود القاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي الذي تشير إليه وان تطبيقه لن يعود خاضعاً لرقابة المحكمة العليا وهذا ما يؤدي إلى نتائج ضارة بالعلاقات الخاصة الدولية[1].

ثالثاً – القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية:

يذهب الاتجاه الغالب في القانون المقارن إلى أن القانون الأجنبي يظل قانوناً بمعنى الكلمة محتفظاً بطبيعته ليس فقط داخل حدود الدولة الصادر عنها وإنما أيضاً عندما يعبر الحدود ويطبق أمام قاضي دولة أخرى فهو ليس عنصراً من عناصر الواقع ولكنه قانون بمعنى الكلمة فيما يترتب على ذلك في الخصومة من أثار[2]. ويشبه هذا الاتجاه القانوني القانون الأجنبي بالعرف إذا أن العرف ينشأ ويتكون بعيداً عن الأجهزة التشريعية المختصة بالتشريع داخل الدولة ومع ذلك فان هذا الاعتبار لا يفقده رغم ذلك طبيعته القانونية[3]، وتعرضت فكرة استقبال القانون الأجنبي للانتقاد من غالبية الفقهاء لأنها من صنع الخيال خاصة في المجالات التي ينشأ تعارض في مضمون القانون الأجنبي مع الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي ا[4].في حين رأى قسم آخر من الفقه في فرنسا وألمانيا (باتيفول ولاغارد) فرنسا (لور سوران وبوريل) ألمانيا إلى إن التزام القاضي الوطني يستند إلى فكرة التفويض التي بمقتضاها يفوض المشرع الوطني عن طريق قاعدة التنازع المشرع الأجنبي في وضع الأحكام المناسبة للمسألة المطروحة وقد تعرضت هذه الآراء للانتقاد لأنها مبنية على تفويض وهمي لا علم لأي من مشرعي الطرفين به (المشرع الوطني والمشرع الأجنبي)، إضافة إلى انه من

---

(1) – الدكتور عبده جميل غصوب–دروس في القانون الدولي الخاص.. مرجع سابق_ ص 132.

(2) – الدكتور عكاشة محمد عبد العال.–تنازع القوانين.. مرجع سابق– ص 361.

(3) – الدكتور محمد عبد الله المؤيد–القانون الدولي الخاص... مرجع سابق– ص 69.

(4) – الدكتور عبده جميل غصوب.–دروس في القانون الدولي الخاص–.. مرجع سابق ص 133.

الصعب تصور القاضي الوطني أن يأتمر بغير أوامر مشرعه[1]، ونؤيد ما ذهب إليه البعض بأن تطبيق القانون الأجنبي ذو طبيعة قانونية لا واقعية، كما ذهبت محكمة التمييز الأردنية والنقض المصرية متأثرة بالفقه والقضاء الفرنسي والذي تم العدول عنه بل انه قانون ويستمد قوته الإلزامية ليس من المشرع الأجنبي الذي شرعه بل من مشرع القاضي الوطني الذي وضع قاعدة الإسناد الوطنية التي أمرت القاضي الوطني بتطبيقه ولا حاجة في تبرير ذلك رده إلى أفكار مجازية بعيدة عن الواقع مثل الاندماج والتفويض فلغة القانون في نظري لا تعرف المجاز إنما تعرف التعبير سواء أكان صريحاً أو ضمنياً وان المجاز مكانه لغة الشعر و الأدب وليس لغة التشريع والقانون .

إلا أنه وان كان القاضي الوطني يطبقه كما ذكرت بناء على أمر مشرعه الوطني في قاعدة الإسناد إلا انه يختلف عن القانون الوطني من ناحية علم القاضي الوطني به واثبات مضمونه وتفسيره وهذا ما سأبحثه في المطلب اللاحق وان القول بغير ذلك سوف يؤدي إلى أن القاضي وهو يطبق القانون الأجنبي يخرج من رقابة المحكمة العليا وهو أمر لا يريده احد ولم يقل به أي راي. ونأخذ بما ذهبت اليه محكمة التمييز الأردنية، وكذلك محكمة النقض المصرية بالعودة عن المبدأ الذي استقرت عليه منذ زمن بعيد على اعتبار أن تطبيق القانون الأجنبي مسألة واقع وعلى الخصوم إقامة الدليل على وجوده وتفسيره (القانون الأجنبي). كما سنعرض بعض هذه الأحكام لاحقاً في المطلب المتعلق بدور القاضي الوطني في إثبات مضمون القانون الأجنبي وتفسيره.

المطلب الثاني

موقف القضاء من الأساس الذي يقوم عليه تطبيق القانون الأجنبي

إذا كان الفقه قد انقسم بين ثلاث نظريات في إقامة الأساس الذي يقوم عليه تطبيق القانون الأجنبي . فما هو موقف القضاء الأردني والمقارن؟ وهل يطبق القانون الأجنبي بصفته مسألة واقع أم مسألة قانون؟ أم بناء على فكرة الحقوق المكتسبة؟ هذا ما سوف أقوم ببحثه من خلال استعراض موقف القضاء المقارن حول هذا الموضوع

(1) –الدكتور عبده–جميل غصوب– دروس في القانون الدولي الخاص –مرجع سابق –..ص134

من خلال التعرض لمواقف القضاء في بعض الدول بخصوص هذه المسألة ثم موقف القضاء الأردني منها.

أولاً – – موقف القضاء الفرنسي:

استقر القضاء الفرنسي منذ أمد بعيد على أن القانون الأجنبي يشبه من الوجه الإجرائية بوقائع الدعوى ولما كان الخصوم هم المكلفون بتجميع عناصر الوقائع في الدعوى وا ٕقامة الأدلة عليها فان هذا يستتبع أن القاضي لا يطبق القانون الأجنبي أو بعبارة أخرى لا يعمل قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ولكن بناء على التمسك بها من احد الخصوم ومن جهة أخرى فلا تسري على القانون الأجنبي القاعدة التي تفترض في القاضي العلم بالقانون أو التي تقضي" بان المحكمة تعرف القانون" فإذا تعذر على الخصوم إثبات فحوى القانون الأجنبي فان القاضي يبقى ملزماً بالفصل في الدعوى تجنباً لإنكار العدالة وا ٕذا كان القاضي غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه أعمالاً لقاعدة الإسناد فليس لمحكمة النقض من باب أولى أن تطبق القانون الأجنبي تلقائياً كما لا يجوز للخصوم أن يتمسكوا بتطبيقه لأول مرة أمام محكمة النقض[1].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر في 4 ديسمبر 1990 "انه لا لائمة على قضاة الموضوع فيما انتهوا اليه من تطبيق القانون الفرنسي عندما لم يثيروا قاعدة الإسناد من تلقاء أنفسهم ولم يطبقوا القانون الأجنبي فالأمر يتعلق بقاعدة إسناد تشريعية لاتفاقية وبحقوق يعود للفرقاء حرية التصرف فيها".

وفي تطور لاحق ذهبت إلى أن قاعدة التنازع تكون ملزمة متى تعلق الأمر فيها بحق من الحقوق التي لا يملك الفرقاء حرية التصرف فيها، ويتحقق ذلك بصرف النظر عن مصدر قاعدة التنازع تشريعياً كان أو اتفاقية دولية[2].

([1]) –انظر هذه الأفكار في مرجع الدكتور محمد كمال فهمي–أصول القانون الدولي الخاص–... مرجع سابق الصفحات– 478–480.

([2]) – الدكتور عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين – مرجع سابق – ص 330 – 331.

وأخيرا فانه لا يجوز الطعن بالنقض على أساس مخالفة أحكام القانون الأجنبي وقد كانت محكمة النقض الفرنسية بالرغم من ذلك اسبق من غيرها في اعتناق مبدأ الرقابة على تطبيق القوانين الأجنبية.

ثانياً – – موقف القضاء الانجلو أمريكي:

يرتكز النظام الانجلو أمريكي على نظرية الحقوق المكتسبة في مجال تطبيق القوانين الأجنبية بواسطة القاضي الوطني وهو بذلك يجد أساسه في الفقه الهولندي القديم الذي يعتمد على مبدأ إقليمية القوانين على إن هذا المبدأ أصبح يتعارض مع ظاهرة ازدهار انتقال الأفراد عبر الحدود ولهذا لجأ هذا النظام إلى انه يمكن تطبيق القوانين الأجنبية على أساس المجاملة الدولية والتي بموجبها يمكن الاعتراف داخل النظام القانوني الوطني بالحقوق التي اكتسبها الشخص بطريقة صحيحة في الخارج وفقاً لأحكام قانون أجنبي، وطالما انه لا يجوز للقاضي الوطني في ظل هذا النظام تطبيق القوانين الأجنبية فان هذه الأخيرة لا ينظر إليها باعتبارها قوانين وا إنما باعتبارها وقائع ينبغي إقامة الدليل عليها[1].

وهذا ما قررته المحاكم الفيدرالية نيورك في قضية Walton ووتتحصل وقائعها ان مواطناً أمريكياً هو السيد (ومالتون) قد رفع قضية ضد الشركة التي تسببت احدى عرباتها في المملكة العربية السعودية بحادث تصادم مع سيارته حيث كلفته المحكمة اثبات القانون السعودي باعتباره القانون الواجب التطبيق (قانون محل وقوع الفعل الضار) وذلك بوصفه مجرد واقعة ينبغي اقامة الدليل عليها[2].

وهكذا يتفق النظام الانجلو أمريكي مع القانون الفرنسي من حيث النظر إلى القانون الأجنبي باعتباره واقعة وليس قانون[3].

([1]) – انظر هذه الأفكار في الدكتور اشرف وفا محمد – استبعاد قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية – القاهرة – 2004_ ص 36.

([2]) – الدكتور عكاشة محمد عبد العال – تنازع القوانين – مرجع سابق – ص 430.

([3]) – انظر هذه الأفكار في الدكتور اشرف وفا محمد – استبعاد قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية – القاهرة – 2004_ ص 36.

ثالثاً – – موقف القضاء المصري:

لا يمكن إدراج القضاء المصري بصورة مؤكدة ضمن احد الاتجاهات السابقة ذلك انه شأنه شأن القضاء الأردني لم يتصد صراحة لبحث مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية ففي حكم صدر عن محكمة النقض يتعلق بتطبيق المادة 14 من القانون المدني من حيث الزمان قررت "إن نص المادة 14 نص آمر يتعلق بالنظام العام يسري بأثر فوري" غير إن هذا الحكم لم يوضح إن كانت محكمة النقض تتجه إلى اعتبار جميع قواعد الإسناد قواعد آمره تتعلق بالنظام العام ومن ثم يتعيين على القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه أم أن المحكمة لم تقصد بهذا الوصف سوى المادة (14) محل البحث[1].

وقد وصفت محكمة النقض المصرية القانون الأجنبي بأنه واقعة في حكمها الصادر في 7 يوليو 1955 الذي جاء فيه: "التمسك بتشريع اجنبي امام هذه المحكمة لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب اقامة الدليل عليها"[2].

وقررت مرة أخرى هذا المبدأ الذي يقضي" بأن تطبيق القانون الأجنبي لا يعدو ان يكون مجرد واقعة وهو ما يوجب على الخصوم اقامة الدليل عليها واذا كان الطاعن لم يقدم ما يثبت انه تمسك بهذا الدفع امام محكمة الموضوع ومن ثم يكون النعي على الحكم المطعون فيه بهذين السببين على غير أساس".

(محكمة النقض الطعن رقم 373 لسنة 36 مكتب فني 23 صفحة 1257 صدر بتاريخ 1972/11/18) [3].

رابعاً – موقف القضاء السوري:

اتخذ المشرع السوري نفس الموقف الذي اتخذه المشرع الأردني ومن قبله المشرع المصري فلم ينص بصراحة على إلزامية القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ولم يلزمه بتطبيقها. أما القضاء السوري؛ وفي قرارات لمحكمة النقض

([1]) – الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد–الوسيط في تنازع القوانين–.... مرجع سابق ص 120.

([2]) – الدكتور حسن الهداوي – تنازع القوانين – مرجع سابق– ص 210.

([3]) – أحكم محكمة النقض المصرية – نقض مدني – جمع وتبويب المستشار كمال عطية – قرص مدمج.

السورية تعرضت لهذه المسألة دون أن تتخذ موقفاً صريحاً وواضحاً منها، وباستعراض قراراتها الصادرة لوجدنا أنها اتخذت موقفاً قريباً إلى حد ما من موقف القضاء الفرنسي، فلم تعترف لقاعدة الإسناد السورية بأي قوة تلزم القاضي على تطبيقها وعلقت تطبيقها على طلب الخصوم وتمسكهم بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه وهذا ما يستفاد من قرار رقم (5) أساس مدني رقم (530) تاريخ 1979/7/17 والمنشور على مجلة محامون 1979 على الصفحة (181)، حيث قررت "إذا كان للقاضي الوطني أن يطبق قانوناً أجنبياً فإن ذلك لا يتم إلا بناء على طلب احد أطراف الدعوى واثبات وجوب تطبيق القانون الأجنبي أي إثبات وجود قاعدة إسناد في قانون القاضي تشير بتطبيقه". وقد بررت محكمة النقض السورية مسلكها هذا بقولها أن تطبيق القانون الوطني هو الأصل، وأما الاستثناء فهو تطبيق القانون الأجنبي[1]، وقد أكدت موقفها السابق في قرار رقم (163) أساس مدني (722) لعام 1980 صادر بتاريخ 1981/2/1 منشور على مجلة محامون 1981 ص (524)، وهو مشار إليه في مرجع الدكتور فؤاد ديب ص (66)، حيث قررت "أن القانون الأجنبي لا يجوز تطبيقه من قبل المحاكم الوطنية في حال جواز تطبيقه إلا بطلب الخصوم وتمسكهم بنصوصه" مشيرة بصورة ضمنية عند قولها في حال جواز تطبيقه – تطبيق القانون الأجنبي أي في حال وجود قاعدة إسناد تشير بتطبيقه" أي أنها أضفت على قواعد الإسناد الصفة الجوازية أي التكميلية إلا أنها تراجعت مباشرة عندما اشترطت تمسك الخصوم بها ولو بصورة غير مباشرة فمن المعلوم أن القواعد التكميلية تكون وجبة التطبيق ما لم يستبعد الخصوم تطبيقها وا ِنني أميل – باجتهادي المتواضع – إلى رأي محكمة النقض السورية في القرارين السابقين كما سأوضح ذلك فيما بعد.

خامساً – موقف القضاء الأردني:

لا تمتع قاعدة ألإسناد بقوة إلزامية تلزم القاضي الأردني بتطبيقها، طالما لم يتمسك الخصوم بها، وطالما لم يتمسكوا بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه وذلك استناداً للحجج الآتية:

([1]) الدكتور فؤاد ديب.–القانون الدولي الخاص–.. مرجع سابق ص 65.

1- أن أول مرحلة في أعمال القاضي لتطبيق القانون الأجنبي هو مسالة التكييف ومن بعدها أعمال قاعدة الإسناد. وبالرجوع إلى نص المادة (11) من القانون المدني الأردني نجد أنها نصت على أن "القانون الأردني وهو المرجع في تكييف العلاقات **عندما يطلب** تحديد نوع هذه العلاقات **في قضية تتنازع** فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها"، ومن استقراء وتحليل النص السابق نجد انه نص على تكييف العلاقة ذات العنصر الأجنبي وهي المرحلة السابقة لأعمال قاعدة الإسناد، ، مما يعني بالتالي عدم انتقاله إلى الخطوة التالية، وهي إسناد العلاقة إلى قاعدة الإسناد الخاصة بهذه العلاقة فلا إسناد بلا تكييف والتكييف لا يقوم به القاضي إلا بناء على طلب أطراف النزاع كما هو واضح في نص المادة 11 من القانون المدني الأردني، وهي تقابل المادة 10 مدني مصري.

2- إن الأصل هو أن القاضي الوطني لا يطبق إلا قانونه، وان الاستثناء هو تطبيق القانون الأجنبي، وان تطبيق هذا الاستثناء لا يتم إلا بناء على نص صريح أو طلب ممن تقرر الاستثناء لمصلحته (طرفي المنازعة أو احدهما). وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 1986/470 تاريخ 1986/12/13 (القاعدة إن القاضي يطبق قانون بلده، ما لم يكن ثمة مبرر لتطبيق قانون أجنبي حسب المبدأ المقرر في المادة (103) من الدستور)

3- إذا كان تطبيق القانون الأجنبي بحسب الأصل يرتد إلى إرادة المتعاقدين (قانون الإرادة)، حسب نص المادة (1/20) من القانون المدني الأردني والتشريع المقارن، كما بحثنا هذا الموضوع في الفصل الأول فهم يملكون أصلاً إذا اختيار القانون الأجنبي، أو الوطني الذي يرونه؛ سواء صراحة أو ضمناً، ولهم بالتالي تعديل هذا الاتفاق أيضاً لاحقاً على العقد، وحتى بعد عرض النزاع كما أوضحنا في المبحث الأول من الفصل الأول طالما لم يفصل في هذا النزاع وطالما أن لهم الحق في هذا الأصل باختيار القانون وفق إرادتهم وتعديل هذا الاختيار بل واستبعاده لاحقاً، فان سكوتهم عن طلب إعمال قاعدة الإسناد التي تؤدي إلى معرفة القانون الواجب التطبيق يعتبر

تنازلاً ضمنياً عن إعمالها وبالتالي عن تطبيق القانون الأجنبي. فإذا كانوا يملكون الأصل في اختيار قانون وفق إرادتهم لحكم علاقاتهم التعاقدية المادة 1/20 فإن من يملك الأصل يملك الفرع وذلك على اعتبار عدم تمسكهم بإعمال قاعدة الإسناد، التي تؤدي إما إلى تطبيق قانون اختارته إرادتهم المشتركة أو غيره تنازلاً ضمنياً عن حق يملكونه ابتداء، وأمام هذا التنازل الضمني لا يملك القاضي فرض إرادته على الخصوم الذين تنازلوا ضمنياً عن إعمال قاعدة الإسناد وبالتالي اختاروا لاحقاً تطبيق القانون الوطني للقاضي على علاقاتهم التعاقدية (حسب الأصل إن القاضي لا يطبق إلا قانونه الوطني).

4- إذا قلنا بإلزامية قاعدة الإسناد الوطنية في جميع الحالات؛ كما قال الدكتور فؤاد ديب، وكذلك الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض؛ فانه يقع على عاتق القاضي التزام بذلك في البحث عن القانون الأجنبي، واثبات وجوده وتفسيره، ونلزمه بإعمال قاعدة الإسناد، ونلزمه كذلك بإعمال ما يترتب عليها، وهو لم يقل به احد حتى الذين قالوا بإلزامية تطبيق قاعدة الإسناد وما يؤيد هذا الرأي صدور العديد من قرارات محكمة التمييز الأردنية، وكذلك محكمة النقض المصرية، والتي سوف نعرضها في المطلب اللاحق من هذا المبحث بخصوص تطبيق القانون الأجنبي حيث قررت مبدأ عاماً استقرت عليه بان تطبيق القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليها لذا كان على الطاعن ان يقدم ما يثبت انه تمسك بهذا الدفع أمام محكمة الموضوع ومن ثم يكون النعي على الحكم المطعون فيه بهذين السببين على غير أساس (محكمة النقض المصرية – نقض مدني – الطعن رقم 373. لسنة 36 مكتب فني 23 صفحة 1257 صادر بتاريخ 1972/11/18)[1]. فكيف يلتزم القاضي بإعمال قاعدة إسناد تؤدي في النهاية إلى تطبيق قانون أجنبي ثم يكلف الخصوم بإثباته وا قامة الدليل عليه، فإذا لم يتمسكوا ابتداء به وبطلب تطبيقه عن طريق إعمال قاعدة

([1]) – أحكام محكمة النقض المصرية – جمع وتبويب المستشار كمال عطية–قرص مدمج.

الإسناد غير أنني أرى في ذلك بوجوب الأخذ بالاستثناءين اللذين قررتهما محكمة النقض الفرنسية وهما:

أ – إذا كانت قاعدة لإسناد ذات مصدر اتفاقي –مع تحفظي على هذا الاستثناء-فان عدم تمسك الخصوم صر احة باتفاقهم أمام القاضي المطروح أمامه النزاع يعني تنازلهم الضمني عن تمسكهم باتفاقهم السابق على النزاع.

ب – أما الاستثناء الثاني –والذي أؤيده– فانه يجب على القاضي إعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، ودون طلب من الخصوم، إذا كانت الحقوق التي تتصل بالنزاع الذي تسعى قاعدة الإسناد لحله، يتعلق بحقوق لا يجوز للأطراف التصرف فيها، أو التنازل عنها، مثل الأهلية اخلص من ذلك بانه وبرأي المتواضع أن القاضي ليس ملزم بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، ولكن يصبح ملزما بإعمالها إذا تمسك الخصوم بها ويصبح لزاماً عليه البحث عن مضمون القانون الأجنبي الذي أدت إلى تطبيقه، كما سنرى في المبحث الثاني من هذا الفصل0

المبحث الثاني

إثبات مضمون القانون الأجنبي وتفسيره

يثور في مسألة إثبات القانون الأجنبي وتفسيره أسئلة تتعلق بتحديد مضمون الإثبات والجهة المكلفة ذلك، وأخرى تتعلق بتفسيره ، ونعرض لذلك في المطلبين الآتيين

المطلب الأول: إثبات مضمون القانون الأجنبي.

المطلب الثاني: تفسير القانون الأجنبي.

المطلب الأول

إثبات مضمون القانون الأجنبي

ليس كافياً أن يتحدد القانون الأجنبي المختص بواسطة قاعدة الإسناد فذلك وحده لا يحل المشكلة وإنما يتوجب على القاضي تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قواعد الإسناد على المنازعة المطروحة أمامه وذلك يفترض بطبيعة الحال معرفة القاضي بمضمون القواعد المادية للقانون الأجنبي فكيف تتأتى له هذه المعرفة؟ بديهي إننا لا نستطيع أن نسوي معرفة القاضي بالقانون الوطني بمعرفة بالقانون الأجنبي وإلا كلفنا القاضي بما هو مستحيل والقواعد الأصولية تقول لا يكون التكليف إلا بمقدور ولهذا لم تساوي المادة (79) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني بين القانون الوطني والأجنبي من حيث العلم بمضمونها[1]، فالأول لا يطلب الدليل على وجوده ويكون القاضي ملزماًبتطبيقه وإلا كان مستنكفاً عن إحقاق الحق، أما الثاني فتجيز المادة (79) [2] للمحكمة تكليف إثبات مضمونه ممن يتمسك به ما لم يكن القاضي

([1]) – الدكتور عكاشة محمد عبد العال-...تنازع القوانين-..... مرجع سابق- ص 368.

([2]) م79 – في أحوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون إليها مشفوعة بترجمة رسمية .

2 – يجب على الخصم الذي قدم مستندات بلغة أجنبية أن يرفقها بترجمة لها إلى اللغة العربية، وإذا اعترض الخصم الآخر على صحة الترجمة كلها أو جزء منها، فعلى المحكمة تعيين خبير للتحقق من صحة الترجمة المعترض عليها.

3 – للخصم أن يقدم ترجمة لأجزاء محددة من المستند المحرر باللغة الأجنبية التي يرغب في الاستناد إليها إلا إذا قررت المحكمة تكليفه بتقديم ترجمة كاملة له". –(قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1984 وتعديلاته–ص735 العدد3545من الجريده الرسميهالصادره بتاريخ1988/4/2)

عالماً به وفي ذلك تطرح مشكلة إثبات القانون الأجنبي ثلاث مسائل هي: عبء إثباته – وطرق إثباته – والأثر المترتب على الإخفاق في إقامة الدليل عليه وهو مانعرضه وفق الآتي:

أولاً – – عبء إثباته:

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى افتراض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي أسوة في ذلك بافتراض علمه بالقانون الوطني وقد انتقد الفقه الحديث هذا الاتجاه لقيامه على أساس خاطئ وذلك أن افتراض علم القاضي الوطني بتشريع دولته يقوم على أساس واقعة نشره في الجريدة الرسمية وهو أمر غير متوافر في حالة القوانين الأجنبية باعتبار أنها لم تنشر في دولة القاضي فضلاً عن الصعوبات العملية التي تعترض سبيل القاضي في البحث عن مضمون القوانين الأجنبية[1]. على إن عبء إثبات القانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد الإسناد الوطنية ويكون القاضي في هذه الحالة ملزماً بإثبات القانون الأجنبي وتفسيره ولا يقع على عاتق الخصوم عبء الإثبات كما لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي بدعوى عدم إمكان الاهتداء إلىأحكامه وا ٍلا عد ناكلاً عن استجلاء العدالة وليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي وهذا هو الاتجاه الأول الذي يلقي **عبء الإثبات** على القاضي الوطني وحده وهذا هو اتجاه محكمة التميز الأردنية حيث قررت في القرار رقم1980/70 تاريخ 1980/7/21 "أن المادة (103) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية، قد أجازت للمحكمة تطبيق القانون الأجنبي في الأمور الحقوقية والتجارية ويكون الاطلاع على القانون الأجنبي لتطبيق أحكامه من واجبات المحكمة وليس من قبيل البينات الإضافية" [2]. وقد اتجهت محكمة النقض المصرية اتجاهاً مغايراً لهذا الاتجاه في عدةقرارات نذكر منها القرار رقم (149) لسنة (57) مكتب فني (40) صفحة رقم (790) تاريخ 1989/7/25– "ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لايعدو أن يكون مجرد واقعه يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها"[3]. غير أن جانبا

([1]) – الدكتور محمد عبد الله المؤيد..–القانون الدولي الخاص–. مرجع سابق– ص 70.

([2]) – قرار تمييز حقوق – منشور على الصفحة 111 من مجلة نقابة المحامين الأردنيين – لسنة 1997.

([3]) – قرارات محكمة النقض المصرية– جمع وتبويب المستشار كمال عطية – قرص مدمج.

آخر يرى أن عبء الإثبات يقع على عاتق الخصوم وان القاضي غير ملزم بالبحث عن حكم القانون الأجنبي وان من يتمسك بالقانون الأجنبي عليه أن يثبت حكمه لأن القاضي ليس لديه الوسيلة اللازمة لمعرفة نصوص ذلك القانون إلا إذا هيأت الدولة للقاضي الوسيلة لمعرفة القوانين الأجنبية[1].

ثانياً – كيفية إثبات القانون الأجنبي:

إذا كان عبء إثبات القانون الأجنبي إما أن يقع على القاضي أو على الخصوم الذين يتمسكون به فكيف السبيل إلى إثباته؟

لأثبات القانون الأجنبي ينبغي الرجوع إلى أحكام ذلك القانون ومصادرة فمن المقرر انه يجوز إثبات القانون الأجنبي بطرق الإثبات كافه، فالمشرع لم يحدد تلك الوسائل وقد تتحدد عن طريق معاهدات دولية من ذلك الاتفاقية الأوروبية في نطاق الإعلام عن القانون الأجنبي الصادرة بتاريخ 7 حزيران 1968، أو عن طريق القضاء كأن يضع قاعدة ترتكز على مبدأ واستثناءات ولكن المبدأ هو حرية إثبات مضمون القانون الأجنبي والاستثناء هو منع إثبات القانون الأجنبي بالإقرار واليمين، فالإقرار واليمين اللذان يوازيان البينة الخطية في الإثبات المدني فيتجاوزان بينة الشهود أو القرائن في وضعية اشتراط المستند الخطي للإثبات هما وسيلتين لا تقبلان في إثبات القانون الأجنبي وتبرير ذلك أن القانون الأجنبي ليس محلاً للإثبات القضائي وهما لا يصلحان بطبيعتهما لاثبات حكم قانوني[2].

وكأمثلة على الوسائل المعتمدة في إثبات القانون الأجنبي إبراز ترجمة مصدقة للقانون الأجنبي وعلى انه ساري المفعول وقت رفع الدعوى وا ٍذا كانت المحاكم تفرض كوسيلة لإثبات القانون الأجنبي وثيقة مصدقة من المرجع المختص إلا أن ذلك لا يمنع ولا يغير من مبدأ الإثبات الحر للقانون الأجنبي فلا يعني طلب وثيقة مصدقة اشتراط المصدر الرسمي للإثبات، وعملياً يثبت القانون الأجنبي اما عن طريق شهادة تصدر عن الجهات الدبلوماسية والقنصلية للدول الأجنبية او عن طريق شهادة من المختصين

---

(1) – جابر إبراهيم الراوي – أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي – لا توجد دار نشر – 1980 – صفحة 64.

(2) – الكتور فواد ديب – القانون الدولي الخاص –مرجع سابق–ص121

والخبراء وأساتذة الجامعات والمحامين او نصوص القانون المنشورة والمتداولة بشكل رسمي وموثقة ومترجمة حسب الأصول او استناداً إلى التطبيقات السابقة لهذا القانون امام القضاء الوطني[1].

ومع ذلك فان محكمة التمييز الاردنية قررت بسط رقابتها على وسيلة إثبات القانون الأجنبي وذلك في القرار رقم 1997/1533 تاريخ 1997/8/12 (إذا كان ما قدمه وكيل المميز عبارة عن شهادة صادرة عن محام انجليزي مرفقاً بها نصوص قانونيه عن القانون الانجليزي مع ترجمه باللغة العربية لها غير مصادق عليها من أي جهة رسمية في بريطانيا أو من الجهات الرسمية الاردنيه فان مؤدى ذلك عدم اتفاق هذه البينة مع شروط المادة (26) من قانون البينات مما يجعل محكمة الاستئناف محقه في عدم اعتباره بينه قانونية)[2]. وفي قرار مشابه لمحكمة النقض المصرية(التمسك بتشريع أجنبي أمام محكمة النقض لا يعدو أن يكون مجرد واقعه يجب إقامة الدليل عليها ولا يغني في إثباتها تقديم صوره عرفية تحوي أحكام هذا التشريع)[3].

وهناك صعوبات تعترض القاضي في إثبات القانون الأجنبي تتعلق بكون القانون مكتوب أو كان مصدره العرف أو القضاء فإذا كان مكتوباً وكان القاضي لا يعرف اللغة التي كُتب بها فعليه أن يلجأ إلى ترجمة رسمية وان يتأكد من القيمة القانونية للقانون فيما إذا كان لا يزال سارياً والتصديقات اللازمة لنفاذه ومدى دستوريته... الخ.أما إذا كان مصدره العرف فينبغي أن يتأكد من استمرار وجوده وعناصره واثبات ذلك إما إذا كان مصدره القضاء فالمسألة تختلف بحسب الدول ففي المملكة المتحدة تعتمد على السوابق القضائية التي تكون لها قوة القانون بالنسبة للكافة فينبغي التثبت من السوابق القضائية وبالنسبة للدول الأخرى فالأحكام القضائية لها قيمة نسبية فلا

([1])– الدكتور سعيد يوسف البستاني – القانون الدولي الخاص – مرجع سابق – ص 206.

(2) – قرارات محكمة التمييز الأردنية – تمييز حقوق – منشورات مركز عدالة – برنامج محوسب – عمان الأردن.

(3)– أحكام محكمة النقض المصرية – نقض مدني – جمع وتبويب المستشار كمال عطية – قرص مدمج.

تقيد إلا الخصوم في الدعوى.أما إذا كان مصدره الفقه فينبغي التثبت من أقو ال الفقهاء ولا يعترف القاضي للفقه الأجنبي بقوة اكبر مما هو معترف به في دولة القاضي[1].

ثالثاً – الأثر المترتب على الإخفاق في إقامة الدليل عليه:

لقد تباينت مواقف الفقه والقضاء في شأن القانون الواجب تطبيقه عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي ويمكن القول بأن هناك ثلاث اتجاهات نعرض لها وفق الآتي:

1- **رفض الدعوى أو الطلب:** مضمون هذا الاتجاه هو أن يتعين على القاضي رفض الطلبات المدعى بها عند استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي[2]. وقد قيل تبريراً لذلك انه يكون للقاضي سلطة رفض الطلب أو الدعوى في الحالات التي يرجع فيها عدم إثبات مضمون القانون الأجنبي إلى تقاعس أو سوء نية المدعي الذي تم تكليفه بإقامة الدليل على مضمونه وهذا هو اتجاه القضاء الفرنسي[3].

2- **تطبيق القانون الأقرب في أحكامه للقانون المختص:** وفقاً لهذا الاتجاه فإن على القاضي أن يعمل القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة والذي تعذر إثبات مضمونه وهو يقصد به احد قانونين: **الأول** إما أن يكون القانون الذي يفترض انه قريب في أحكامه من القانون الذي تعذر معرفة مضمونه بحكم انتمائهما إلى نفس المدرسة القانونية أو بفعل التأثير المتبادل مثال ذلك القانون الأمريكي يحل محله القانون الانجليزي عند تعذر إثبات مضمونه كونهما ينتميان إلى نفس العائلة القانونية، وكذلك الحال إذا كان القانون المختص هو القانون التركي فانه يطبق بدلاً منه القانون السويسري عند استحالة إثبات مضمون القانون التركي، لأن الأول نقل نظامه عن الثاني وكذلك القانون الأردني يمكن أن يطبق بدلاً منه القانون المصري كونه نقل أحكامه عنه

---

(3) – جابر إبراهيم الراوي–أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي– مرجع سابق – ص 66.

(2) – الدكتور عكاشة محمد عبد العال.–تنازع القوانين–.. مرجع سابق ص 429.

(3) – الدكتور عكاشه محمد عبد العال...المرجع السابق– ص 432.

وهكذا، و**الثاني:** أن يقصد به القانون الأقرب اتصالاً بالعلاقة التعاقدية بعد القانون الذي تعذر إثباته، مثال: إحلال قانون موطن الشخص في شأن أهليته في حال تعذر إثبات مضمون قانون جنسيته أو تطبيق قانون محل إقامته في حال تعذر إثبات قانون الموطن وهكذا، وهذا الاتجاه طبقه القضاء الألماني لفترة طويلة ولا يزال له الأنصار العديدون وميزاته انه يودي إلى تطبيق قانون قريب في أحكامه من القانون الواجب التطبيق أصلاً والذي تعذر إثبات مضمونه إلا أن الصعوبة تكمن في كيفية التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة ثم على فرض أن القاضي الوطني نجح في الوقوف على هذا القانون الأقرب في أحكامه فإنه يجب أن يعرفه حتى يمكن تطبيقه والغالب أن يستعصي إثباته شأنه شأن القانون الواجب التطبيق أصلاً [1].

3- **تطبيق قانون القاضي:** المبدأ العام في القانون الداخلي انه "(لا يجوز للقاضي تحت طائلة اعتباره مستنكفاً عن إحقاق الحق إن يمتنع عن الحكم بحجة غموض النص أو انتفائه) ويمثل هذا المبدأ واجب الفصل في النزاعات الخاصة ذات العنصر الأجنبي المطروحة عليه وان يجد لها حلاً كما هو الحال في النزاعات الوطنية البحتة، وطبقاً لهذا الاتجاه، فإنه يطبق قانونه بما له من اختصاص احتياطي عام وذلك عندما يتعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل لحكم النزاع ذي الطبيعة الدولية والذي تم تحديده بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية. وهذا الحل يبرره أن قانون القاضي ليس غريباً عن المنازعة المطروحة بل هو على اتصال بها، فالمشرع الوطني عندما يعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه بنظر منازعة ذات طبيعة دولية ينطلق من وجود صلة بين النزاع وهذه المحكمة**ويبرره أيضاً** انه حل عادل لأنه يجنب الخصوم النتائج السيئة التي تترتب على رفض دعواهم كقاعدة عند العجز عن إثبات مضمون القانون الأجنبي واجب التطبيق،

([1]) –الدكتور عكاشه محمد عبد العال–.... تنازع القوانين–...... ص 434.

والمدعي هو الملزم لو تمسك بقاعدة أجنبية بإثباتها ولعل في تطبيق قانون القاضي ما من شأنه أن يجنبنا بقدر الإمكان إنكار العدالة في مثل هكذا فرض، وقد أخذ بهذا الحل غالبية التشريعات المقارنة في تطبيق قانون القاضي عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فقد اخذ به التشريع المقارن كما انه هو الحل الذي يقول به الفقه في معظم التشريعات العربية[1].

المطلب الثاني

تفسير القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا عليه

تطرح مسألة تطبيق القانون الأجنبي من قبل القاضي الوطني مسألة تفسير هذا القانون بين اعتباره واقعة أم قانوناً، وتطرح معه مسألة مدى سلطة رقابة محكمة النقض على التفسير . لذا نعرض للأمرين وفق الآتي:

أولاً – تفسير القانون الأجنبي:

يرى بعض الفقهاء إعطاء القاضي الوطني حرية تامة في تفسير القانون الأجنبي بإتباع نفس الأسلوب في تفسير القانون الوطني باعتبار أن القانون الأجنبي قد امتزج مع القانون الوطني وأصبح جزءاً لا يتجزأ منه حين أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيقه ولا ينبغي تقيد القاضي بالحلول القضائية في الخارج إلا إذا كان القضاء مصدراً رسمياً للقانون في الدولة الأجنبية التي يراد تطبيق قانونها[2] وقد ينشأ المشرع لأجل تفسير القوانين الأجنبية هيئة خاصة تناط بها مسألة تفسير القوانين التي يطلب القاضي تفسيرهاقد تكون قرارات هذه الهيئة قرارات ملزمة،او غير ملزمة ويكون القاضي الوطني ملزماً بالتفسير الذي تضعه هذه الهيئة إذا كانت قراراتها ملزمة في تفسيرها للتشريع الذي تصدره دولتها(وتسمى في الأردن الديوان الخاص بتفسير القوانين وقراراتها ملزمه)[3] وقد لا تكون هناك هيئة مختصة بتفسير القانون الأجنبي بل وجود

([1]) – انظر هذا الأفكار في الدكتور عكاشة محمد عبد العال–تنازع القوانين – مرجع سابق – ص 435 – 437.

([2]) الدكتور جابر إبراهيم الراوي...–أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي– مرجع سابق ص 68.

([3]) – المادة (4/123) من الدستور الأردني الصادر سنة 1952 حيث نصت: "يكون للقرارات التي يصدرها الديوان الخاص وتنشر في الجريدة الرسمي مفعول القانون".

تفسير رسمي للقانون الأجنبي وأيضاً هذا التفسير قد يكون ملزما يصدر عن مرجع رسمي مختص وقد لا يكون ملزماً عندما يكون مجرد تفسير موضحاً للقانون مثل المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني وكذلك المصري وا إذا كان التفسير ملزماً فعلى القاضي الوطني الالتزام به عند تطبيقه وتفسيره للقانون الأجنبي[1].

ثانياً – رقابة المحكمة العليا على تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي:

إذا أخطأ القاضي الوطني في تأسيس حكمه على قاعدة غير نافذة في النظام القانوني الأجنبي أو على ترجمة غير دقيقة أو على تفسير غير صحيح لأحكام القانون وقواعده ورفع الطعن بذلك أمام محكمة النقض أو التمييز لخطأ في تطبيق القانون أو تأويله أو تفسيره فهل يجوز قبول هذا الطعن؟

لقد استبعدت محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بالرقابة على تفسير القانون الأجنبي أن تفرض رقابتها على المحاكم الدنيا إذا ما تبين لها أن هذه الأخيرة قد طبقت القانون المختص ولكنها اساءت تفسيره وقد أثار هذا الموقف السلبي للمحاكم العليا خلافاً كبيراً في الفقه الفرنسي بين مؤيد ومعارض الا ان الرأي الغالب منها خلص إلى انه يتعين على المحاكم العليا إن أرادت تحقيق مهمتها على توحيد الحلول القضائية السائدة في الدولة أن تفوض رقابتها على تفسير قو اعد القانون وطنية كانت أم أجنبية[2].

وقد اتجهت محكمة التميز الأردنية إلى فرض رقابتها على تطبيق القانون الأجنبي وذلك في عدة قرارات منها القرار رقم 1983/39تاريخ1983/11/15 (أن الرأي الراجح الذي انعقد عليه الفقه والقضاء بان القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام القضاء الوطني يحتفظ أمام القضاء الوطني بصفته القانونية ولا يعتبر من الوقائع التي يتوجب على الخصم تقديم الدليل على وجوده وان المحكمة الوطنية التي تنظر في الدعوى هي المكلفة بالبحث عن القانون الأجنبي وتطبقه كما تطبق القانون المحلي) [3]

([1]) الدكتور سامي بديع منصور...-.الوسيط في القانون الدولي الخاص- مرجع سابق ص 686-689.

(1) الدكتور محمد عبد الله المؤيد...-القانون الولي الخاص- مرجع سابق -ص 75.

([3]) قرار تمييز حقوق رقم 1983/539 منشور على الصفحة 1505 من مجلة نقابة المحامين الأردنيين العدد10,11,12 لسنة 1983.

المبحث الثالث

موانع تطبيق القانون الأجنبي

إذا تبين للقاضي أن القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي فهل معنى هذا أن تطبيقه أمر لازم وحتمي؟ أم أن هناك بالرغم من اختصاص القانون الأجنبي في حكم الرابطة التعاقدية موانع تمنع تطبيقه؟

فيظهر للقاضي بالرغم من هذا الاختصاص أن هذا القانون يتناقض والمبادئ الأساسية والقيم العامة التي يقوم عليها قانونه – عند ذلك لن يقبل تطبيقه لمخالفته للنظام العام أو الآداب لدولته وهو ما سأبحثه في المطلب الأول، من هذا المبحث، وقد يكتشف أيضاً أن القانون الأجنبي المختص قد تم التوصل إليه نتيجة تغيير إرادي مفعل بقصد التهرب من القانون المختص أصلاً سواء أكان قانون القاضي، أم قانون آخر أجنبي مستفيدا ً الفاعل من إمكانية تغيير بعض ضوابط الإسناد وبقصد ً الحصول على ميزة، أو مصلحة يقررها له القانون الذي تحدد نتيجة لتغيير هذا الضابط، أو التخلص من التزام قد يفرضه عليه القانون المختص أصلاً وهذا هو الدفع بالغش نحو القانون، وهو ما سأبحثه في المطلب الثاني من هذا المبحث[1].

ويجب التنويه في هذا المقام أن ما يهمنا في هذا المبحث من دراسة هاذين الموضوعين (النظام العام أو الآداب – الدفع بالغش نحو القانون) ليس دراستهما بشكل نظري عام ومفصل، بقدر ما يهمنا هو اثر توافر إحداهما في منع تطبيق القانون المختص لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي لذلك سوف أقوم بدراستها من هذا الجانب وان كان لابد من التعرض بشكل موجز لماهيتهما حيث أن كلاً منهما يصلح أن يكون محلاً لبحث مستقل بذاته، ثم هناك استثناء او ما يسمى بالدفع المتعلق بالمصلجه الوطنية لذلك سأقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب لأول : استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام أو الآداب.

المطلب الثاني : استبعاد تطبيق القانون المختص للغش نحو القانون

المطلب الثالث : استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتوافر دفع المصلحة الوطنية

([1]) الدكتور عكاشة محمد عبد العال...–تنازع القوانين......– مرجع سابق– ص 485.

المطلب الأول

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام أو الآداب

يعد النظام العام والآداب العامة قيداً مانعاً تطبيق الأجنبي من قبل القاضي الوطني. لذا نعرض لتعريف النظام العام والآداب العامة وشروط التمسك بهما، والآثار المترتبة على ذلك وفق الآتي:

<u>أولاً : تعريف النظام العام والآداب العامة:</u>

هناك فكرة مجردة مؤداها "وجود نظام ما في الدولة" وهو عبارة عن نظام المجتمع الأعلى وهو نظام متعدد الجوانب خلقية واجتماعية واقتصادية وسياسية ودينية متغير في الزمان والمكان[1]. وهو صمام الأمان الذي يعني الأسس الجوهرية في مجتمع معين في زمن معين[2]. على أن خير ما يقال في تعريف النظام العام في ضوء الغاية أو الهدف منه والمتمثل بقيامه على حماية المصلحة العامة سواء أكانت سياسية، أم اجتماعية، أم اقتصادية، أم أدبية.

المشرع الأردني مثله مثل باقي التشريعات لم يضع تعريف محدد للنظام العام ولكن أشار إلى بعض تطبيقاته في المادة (3/163) مدني أردني "ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الإحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والإحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في مال المحجور ومال الوقف..." وتقابل المادة 81 مدني مصري[3]، لذلك لا يوجد تعريف جامع مانع للنظام العام ، إلا أن من الفقه من حاول تعريفه من خلال الغاية أو الهدف منه ،على أن أهداف النظام العام متعددة نذكر منها حماية النظام السياسي والنظام الديني والنظام الاجتماعي والقضائي والاقتصادي...". **فإن أي مساس بهذه الأنظمة الجوهرية هو من النظام العام**[4].

([1]) الدكتور عز الدين عبد الله .–القانون الدولي الخاص– مرجع سابق_ ص 31.

([2]) الدكتور محمد المبروك اللافي.–تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ا– مرجع سابق_ ص 77.

([3]) الدكتور أنور سلطان...–مصادر الالتزام–. مرجع سابق_ ص 110.

([4]) الدكتور خلدون قطيشات – محاضرات غير منشورة – ألقيت على طلبة كلية الحقوق الجامعة الأردنية – الفصل الاول– 2005/2004.

أما الآداب فهي كالنظام العام فكرة تستعصي على التعريف، ومع ذلك يمكن القول بأن قوام فكرة الآداب هو الرأي العام وما يتأثر به من عوامل أخلاقية واجتماعية مبعثها الدين أو العرف والتقاليد في مجتمع معين في زمن معين[1]. ويتضح من ذلك أن كل ما يتعلق بالآداب هو من النظام العام أي أن فكرة النظام العام اعم واشمل من فكرة الآداب[2].

ثانياً : التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة وشروط الدفع به:

تتفق سائر التشريعات على انه إذا كان القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام وجب استبعاده ومنها القانون المدني الأردني حيث تنص المادة **29 مدني أردني "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية"**[3]. وهو حل مستقر عند التشريعات كافة حتى اللتي لا تنص عليه صراحة **فيطبقه القضاء في إجماع وتواتر في القانون الفرنسي والانجليزي والأمريكي** فهو دفع موضوعي يترتب على ثبوته استبعاد القانون الأجنبي كله أو استبعاد الجزء المخالف ويمكن لأي طرف أن يتمسك بهذا الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا (التمييز) كما يكون للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه.

1- التفرقة بين فكرة النظام العام في المجال الداخلي عنها في المجال الدولي الخاص: إن فكرة النظام العام الداخلي تختلف في مجال العلاقات الدولية الخاصة عنها في المجال الداخلي. فمن ناحية **الوظيفة** في المجال الداخلي تتمثل في القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها أما في المجال الدولي فتهدف إلى

([1])- الدكتور أنور سلطان..مصادر الالتزام ..- مرجع سابق_ ص 112.

([2])- الدكتور خلدون قطيشات – محاضرات غير منشورة – مرجع سابق.

([3])- وهي تقابل المادة 28 مدني مصري والمادة 27 من قانون المعاملات الإماراتي "لا يجوز تطبيق قانون أحكام النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة" وكذلك المادة (28 مدني ليبي) (م. 30 مدني سوري) (م32 مدني عراقي) ومن التشريعات الأجنبية (القانون الاسباني لسنة 1972 في المادة 3/12) والنمساوي لسنة 1987 في المادة 65) والألماني لسنة 1986 في المادة 6 (السويسري لسنة 1987 في المادة (17).

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد باختصاصه. وكذلك من حيث **النتيجة** فهي في النظام الداخلي لا تؤدي إلى تغير في الاختصاص التشريعي أي لا تؤدي إلى إحلال قانون محل قانون وا إنما تؤكد الاختصاص التشريعي للقانون الوطني المختص أصلاً وذلك بإبطال التصرف أو الاتفاق الذي يخالف أحكامه أما في مجال العلاقات الدولية فهي تؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي أو بعض أحكامه ليحل محله قانون آخر لم يكن مختصاً بحكم النزاع أصلاً ومن حيث **المجال** العام الداخلي والعكس ليس صحيح أي أن الفكرة في النظام العام في العلاقات ذات الطابع الدولي أضيق منها في المجال الداخلي وتبرير ذلك ما يترتب عليها من نتيجة بالغة الخطورة وذلك باعتباره يقطع المجرى الطبيعي للمعاملات الدولية زيادة على انه يبطل قاعدة الإسناد الوطنية. بل إن عدم توقعات الأفراد لمثل هذه النتيجة يزيد من خطورتها وعدم عدالتها **أما من حيث الهدف** فإنهما يسعيان إلى نفس الهدف وهو حماية النظام القانوني الوطني وذلك عن طريق بطلان التصرفات في مجال العلاقات الداخلية واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مجال العلاقات الدولية الخاصة[1].

ثالثاً – شروط الدفع بالنظام العام:

يتطلب الفقه توافر شرطين لإمكان أعمال فكرة الدفع بالنظام العام:

1–أن تشير قاعدة الإسناد إلى اختصاص قانون أجنبي معين يحكم النزاع: إذا لا يتصور أعمال هذا الدفع إذا كان القانون المختص هو القانون الوطني، ويستثنى من ذلك حالة الدول الفدرالية التي تشكل كل ولاية فيها وحدة تشريعية مستقلة تمام الاستقلال ، مثل ذلك حالة منع الزواج بسبب اختلاف اللون الذي كان قائماً في بعض الولايات المتحدة الأمريكية في وقت من الأوقات[2].

2–توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام بالمعنى الذي يكون معه تطبيق القانون الأجنبي غير مقبول: أي يكون هناك تعارض صارخ وتنافر بين القانون الأجنبي والأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي[3]. حيث أن المشرع الوطني

([1])– الدكتور محمد عبد الله المؤيد –القانون الدولي الخاص– مرجع سابق – ص 81.

([2])– الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والكتورة سامية راشد–الوسيط في تنازع القوانين–مرجع سابق–ص222

([3])– الدكتور عكاشة محمد عبد العال...–تنازع القوانين– مرجع سابق– ص 578.

حينما أشار بتطبيق قانون أجنبي عن طريق قاعدة الإسناد الوطنية لم يقصد أن يطبق ذلك القانون أياً كانت النتيجة المترتبة على تطبيقه[1].

3-تستلزم بعض الدول كألمانيا لتدخل النظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الواجب التطبيق أن تكون هناك صلة بين هذا النزاع و النظام القانوني في دولة القاضي. ولا مجال لأعمال هذا الشرط من الناحية الواقعية لان مجرد اختصاص محاكم دولة القاضي بالفصل في النزاع يعد سبباً كافياً لتوافر صلة بين محاكم دولة القاضي والنظام القانوني لدولة القاضي بالنزاع المطروح[2] . غير أن لهذا الرأي مناصروه في سويسرا ولا ينعدم أنصاره في فرنسا فإذا انتفت مثل هذه الرابطة كان من غير المقبول أن يتمسك القاضي بفكرة النظام العام في قانونه ليستبعد القانون الأجنبي فكيف له أن يتذرع بنظامه العام ليعطل عمل قواعد التنازع في دولة أخرى حقوقها مسألة لا تعنيه لأنه لا يربطه بقانونها أدنى رباط فوق ذلك فان مثل هذا الحكم سوف يكون مجرداً في الخارج من كل فعالية[3]،

<u>رابعاً – أثر الدفع بالنظام العام أو الآداب:</u>

إن الدفع بالنظام العام لا يقتصر على العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي إلا انه يمتد ليشمل العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية فعلى سبيل المثال قضت المحكمة التابعة لفرقة التجارة الدولية في باريس في حكمها رقم 1434 الصادر سنة 1975 باستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة على الرغم من أن جميع القرائن الموضوعية تقول بإسناد العقد لقانون الدولة المتعاقدة تأسيسا على تفادي عدم وجود شرط الثبات التشريعي للدولة المتعاقدة مليشكل في حد ذاته مخالفة للنظام العام وا ٍذا كانت المحكمة لم تستبعد هذا القانون باسم النظام العام صراحة إلا أن هذه الفكرة كانت وراء هذا الاستبعاد على نحو أو أخر دون أن تظهر على نحو كامل[4]. **إلا أن السؤال**

([1]) – الدكتور محمد عبد الله المؤيد...–القانون الدولي الخاص–. مرجع سابق– ص 83.

([2])– الدكتور فؤاد ديب"....–القانون الدولي الخاص–.. مرجع سابق_ ص 148.

([3]) – وللمزيد انظر كل هذه الأفكار في مرجع الدكتور عكاشة محمد عبد العال.–تنازع القوانين– مرجع سابق_ ص 579 وما بعدها .

([4])– الدكتورة حفيظة السيد الحداد – العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية –منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – 2003_ ص (553–554).

الذي يطر ح نفسه ما هو الجزاء أو الأثر المترتب على قبول الدفع بالنظام العام وهذا ما سأتناوله من خلال الآتي:

1 – الأثر السلبي (استبعاد القانون الأجنبي):

وهو استبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص استبعاداً كلياً أو جزئياً فقد **ذهب جانب من الفقه** الى الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق ولكن ا لفقه الغالب والذي أرى صوابه يرى أن الأثر السلبي لفكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق بناء على اشارة قاعدة الإسناد الوطنية وا ٍنما يحصر هذا الأثر باستبعاد الجزئية التي يتعارض فيها مع مفهوم هذه الفكرة في دولة القاضي.

وقد أثار هذا الرأي الذي يعني الاستبعاد الجزئي النقض كونه يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد الوطنية لما يؤديه من مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه خارج الحدود التي رسمها مشرعه[1]، وبمقتضى هذا الرأي الذي يقول بالاستبعاد الجزئي فقط دون بقية الأجزاء فمثلاً لو أن القانون الفرنسي يمنع الإرث لاختلاف اللون أو الدين فإن الاستبعاد يكون فقط لهذا الجزء المخالف بحيث لا يمنع تطبيق الأحكام الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا كان القانون الأجنبي متعارضاً مع النظام العام في مسائل النسب فإن استبعاد حكمه يقتصر على هذه المسألة وحدها دون أن يتعادها إلى آثار النسب[2]. ونميل إلى هذا الرأي الذي أجد سنده في نص المادة 29 من القانون المدني الأردني حيث أورد النص عبارة "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي..." ولم يأتي المشرع على ذكر عبارة لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي مما يفيد إلى انصراف إرادة المشرع الأردني إلى الاستبعاد الجزئي فقط ،عندما تخالف أحكام القانون الأجنبي النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية وهذه وجهة القضاء المصري إذ تستبعد الأحكام والنصوص وليس القانون برمته فلو تجاوز القانون الأجنبي الواجب التطبيق الحد الأعلى للفائدة القانونية

([1])– الدكتور أحمد الفضلي – الموجز في شجر القانون الدولي الخاص – مرجع سابق – ص 152.

([2])– الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد – الوسيط في تنازع القوانين – مرجع سابق – ص 234.

التي يسمح بها القانون الأردني فيستبعد هذا النص من التطبيق فقط، ولذلك يجب أن يستخدم الأثر الاستبعادي بحذر شديد وبصورة استثنائية والقاعدة العامة أن الاستثناء لا يتوسع في تطبيقه، فلا ينبغي اللجوء إليه أكثر من الحاجة إليه، وهو حماية كيان المجتمع العام قواعده القانونية الاسسية وما دامت هذه النتيجة يمكن تحقيقها عن طريق الاستبعاد الجزئي فلا مانع من الإبقاء على الأحكام التي لا تتعارض مع النظام العام والتي بدورها تحقق أوامر المشرع الوطني من خلال تطبيق قاعدة الإسناد.

2 – الأثر الايجابي للدفع بالنظام العام:

عندما يستبعد القاضي القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسألة فإنه لابد من تثبيت الاختصاص لقانون آخر بدلاً منه لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد[1] فعليه أن يفصل فيالنزاع نزولاً على ما يأمر به مشرعه الوطني وا ٕلا عد منكراً للعدالة، لذلك يجب البحث عن بديل يحكم النزاع وهذا هو الأثر الايجابي للدفع بالنظام العام،وتتفق غالبية التشريعات على هذا النظر وتعتبره دفعاً موضوعياً ، غير أن النظام الانجليزي يعتبره دفعاً إجرائياً يستتبع في حالة استبعاد القانون الأجنبي المخالف أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها ومن ثم لا تثور مسألة البحث عن بديل للقانون المستبعد ،على أن غالبية النظم التشريعية تعتبره دفعاً موضوعياً كما هو الحال في فرنسا والدول العربية بما في ذلك مصر والأردن[2]. وفي الدول التي تعد الدفع بالظام العام دفعاً موضوعياً يترتب به اثر ايجابي يتمثل في إحلال قانون آخر وهذا الإحلال إما أن يكون صريحاً أو ضمني ويكون صريحاً في الأحوال التي يرتب فيها إنشاء علاقة لا يسمح القانون الأجنبي المستبعد بإنشائها[3]، ومثال ذلك أن يحضر القانون الأجنبي الزواج بسبب اختلاف الجنس في حين يسمح به قانون القاضي أما الإحلال الضمني لقانون القاضي فيكون في حالة العكس من ذلك أي عندما يسمح القانون الأجنبي بنشوء علاقة لا يسمح القانون الوطني بإنشائها مثال ذلك الزواج بين

([1])– الدكتور احمد الفضلي – الموجز في القانون الدولي الخاص – الطبعة الأولى – دار قنديل للنشر والتوزيع – عمان – 2004 – ص 153.

([2])– الدكتور عكاشة محمد عبد العال.–تنازع القوانين..– مرجع سابق_ ص(605–606).

([3])– الدكتور محمد عبد الله المؤيد..– القانون الدولي الخاص– مرجع سابق_ ص 85.

مسلمة وغير مسلم في فرنسا مثلاً[1]. غير أن الإجماع ليس قائماً حول إحلال قانون القاضي مكان القانون المستبعد فثمة اتجاهات أخرى بهذا الشأن:

أ – البحث عن البديل في القانون الأجنبي ذاته: يرى جانباً من الفقه الألماني أن استبعاد حكم القانون الأجنبي المخالف للنظام العام لا يستبعد تطبيق قانون القاضي بدلاً منه بصورة دائمة وبطريقة آلية وأنما يتعين البحث في القانون الأجنبي نفسه عن نص بديل يحكم المسألة ألتي كان يحكمها النص المخالف للنظام العام ويذهب جانب اخر من الفقه الألماني الى امكانية تعديل النص المخالف او تطويعه ليلائم موضوع النزاع المطروح وهذا راي واجه الرفض كونه يعطي للقاضي صلاحيات المشرع وقد استبعدت محكمة الرايخ الألمانية في حكمها الصادر في 19 كانون أول 1921 النص الوارد في القانون السويسري الواجب التطبيق والذي يقضي بعدم قابلية الدين للسقوط بمرور الزمن لأنه مخالف للنظام العام الألماني، وبدلاً من تطبيق القانون الألماني راحت تبحث عن نص بديل في القانون السويسري يفرض مدة أطول لمرور الزمن، غير أن هذا الحل لم يجد تأييداً في القانون المقارن لأنه يؤدي إلى إخضاع العلاقة لقانون ليس موضوع لها أصلاً[2].

ب – البحث عن أكثر القوانين حماية للطرف الضعيف: ذهب اتجاه قديم في الفقه إلى البحث عن قانون توقعه الأفراد ويحقق مصالح الطرف الضعيف في العلاقة لتطبيقه بدل القانون المستبعد لمخالفته للنظام العام ،غير أن هذا الاتجاه تعرض للنقد الشديد لاستحالة وضعه موضع التنفيذ إذا لا يمكن وضعه موضع التنفيذ، إذ لا يمكن معرفة أكثر القوانين حماية للطر ف الضعيف إلا بعد معرفة القواعد القانونية التي تحكم العلاقة، وهذا لا يمكن معرفته إلا بعد معرفة القواعد القانونية التي تحكم العلاقة وتحديد القانون الواجب التطبيق.

جـ – تطبيق القانون الأقرب للعلاقة: رأى جانب من الفقه انه إذا كان قانون القاضي منقطع الصلة بالعلاقة موضوع النزاع ، فان من الأصوب تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون المستبعد وذلك بمقتضى قاعدة إسناد احتياطية مثال

([1])-الدكتور محمد عبد الله المؤيد–المرجع السابق–... ص 85.

([2])– الدكتور عبده جميل غصوب...–دروس في القانون الدولي الخاص– مرجع سابق_ ص 219.

ذلك أن يتم تطبيق قانون موطن الشخص في مسائل الأحوال الشخصية في الحالة التي يكن فيها قانون الجنسية مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي ،ويمكن في مذهب أنصار هذا الرأي تطبيق القانون الذي يرتبط بالمسالة المطروحة بأكثر الروابط صلة[1]، وتبرير هذا الاتجاه بأن القانون البديل الأقرب للعلاقة قد يكون قانون القاضي نفسه قول لا يرتكز إلى تحليل سليم وليس واجباً في كل الفروض والصحيح أن البديل هو قانون القاضي بالمعنى الواسع ويكون عند استبعاد القانون الأجنبي أن يعكس في نصوص قانونه عن الحل الملائم للعلاقة المطروحة، كما قد يحدث أن يعجز القاضي الوطني نفسه عن إحلال قانون محل القانون المستبعد. أما لعدم وجود قاعدة قانونية في الأصل وا ٍما لعدم ملائمة القاعدة المو جودة ففي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يجد الحل بالرجوع إلى المبادئ العامة للقانون سواء في قانونه أو في القوانين الأجنبية[2].

د – تطبيق قانون القاضي: إن استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة يؤدي في جميع الحالات إلى خلق فراغ قانوني مما يستلزم البحث عن قاعدة قانونية أخرى لحكم العلاقة وقد يتدخل القاضي بشكل صريح وذلك إذا ما ترتب على تطبيقه للقانون البديل إنشاء علاقة لا يسمح بها القانون الأجنبي المستبعد فإذا كان القانون الأجنبي يحرم الزواج لاختلاف الجنس بينما قانون القاضي يبيحه فعند إذن يتعين في هذه الحالة استبعاد القانون الأجنبي الذي يمنع نشوء العلاقة وتطبيق قانونه الذي يسمح بنشوء هذه العلاقةتحقيقاً للعدالة باعتبارها مصدراً للقانون عند غياب النصحيث تشير اليه اغلب التشريعات ومنها القانون المدني الأردني في المادة (3/2) "فإذا لم تجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم تجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة..." [3]. وقد اجمع الفقه الفرنسي والمصري على إحلال قانون القاضي بوصفه اختصاص احتياطي عام إذ إن لاختصاص قانون القاضي طابع احتياطي عام لإحلاله محل القانون الأجنبي[4]، وفي كل مرة يتعذر فيها تطبيقه سواء تعذر الوقوف على مضمونه

([1]) الدكتور عكاشة محمد عبد العال..–تنازع القوانين–...... مرجع سابق– ص 613.

([2]) الدكتور عبده جميل غصوب...–دروس في القانون الدولي الخاص– مرجع سابق– ص 222.

([3]) الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد–الوسيط في تنازع القوانين– مرجع سابق– ص 236.

([4]) انظر هذا الإجماع ودليله في مرجع الدكتور عبده جميل غصوب...–دروس في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق.... –ص 223.

كما سبق بحثه في المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل أو لكونه مخالفاً للنظام العام فإذا لم يجد القاضي في قانونه الأحكام التي تسد الفراغ التشريعي المترتب على استبعاد القانون الأجنبي فعليه أن يجتهد بالرجوع إلى المبادئ العامة للقانون في التشريعات المقارنة يضع حلولاً متطابقة مع التوجهات العامة لقانونه[1].

هـ - الوضع في القانون الأردني والمصري :

وضعت المادة 1/20 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية عدة ضوابط إسناد وهي تقابل بنفس النص المادة 19 مدني مصري وبنفس النص في معظم التشريعات العربية وقد وضعت هذه المادة عدة ضوابط إسناد احتياطية بحيث يمكن تطبيق إحداها فإذا تعذر إعمال قانون الإرادة يعمل بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو مكان إبرام العقد وهكذا أيضاً بالنسبة لشكل العقود التي نصت المادة 21 مدني أردني على عدة ضوابط إسناد احتياطية يعمل بها فهي كأصل عام تخضع لقانون بلد الإبرام أو قانون الموطن المشترك أو القانون الذي يحكم الموضوع أو القانون الوطني المشترك. ولكن الأمر يكون دقيقاً ما تعلق العقد بعقار حيث أوردت المادة 2/20 من القانون المدني الأردني وكذلك القانون المصري ضابط إسناد وحيد هو قانون موقع العقار ولا يوجد أي ضابط إسناد احتياطي فإذا تبين للقاضي المطروح أمامه المنازعة بان قانون موقع العقار مخالف للنظام العام وليس من استبعاده بد في تطبيق قانون آخر غيره وذلك حسب ما سبق شرحه وتوضيحه. فلو طرحت أمام القاضي الأردني منازعة حول بيع أراضي الوقف الإسلامي في فلسطين المحتلة عام 1948 بسبب أن المدعي عليه باع أرضاً وقفية ليهودي فإذا كان القانون (الإسرائيلي) قانون موقع العقار لا يعترف بالوقف الإسلامي فيجب استبعاده لمخالفته للنظام العام فأي القوانين سوف يقوم بتطبيقها وليس من بد أمامه إلا بالرجوع إلى قانونه باعتباره يتمتع بضابط اختياري عام.

3 – تلطيف مفعول النظام العام:

يكون هذا الأثر عندما يتم التمسك بحق اكتسب خارج البلد حيث يميل الاتجاه إلى احترام الحق المكتسب في الخارج بمقتضى القانون الأجنبي المختص حتى لو كان

([1])الدكتور عبده جميل غصوب– المرجع السابق– ص 223.

القانون الوطني لا يسمح بإنشاء مثل هذا الحق لتعارضه مع النظام العام. ويلاحظ أن هذه الفكرة لا تعني عدم إعمال الدفع بالنظام العام على إطلاقه فطالما كانت هذه الآثار في ذاتها غير متنافية مقتضيات النظام العام الوطني فليس ثمة مبرر لأعمال الدفع بشأنها وهذا أمر يقتضيه استقرار المعاملات الدولية وازدهارها، فمثلاً لو كان القانون الأجنبي المختص يفرض فائدة قانونية بنسبة أعلى مما يفرضه نظام المرابحة الأردني لسنة 1926[1]، حيث نصت المادة (1) منه "قد عين الحد الأعظم للفوائد في جميع المداينات العادية والتجارية تسة في المائة سنوياً اعتباراً من نشر هذا النظام".

وكذلك المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني[2] رقم 24 لسنة 1988 وتعديلاته، حيث نصت المادة (4/167) "مع مراعاة ما ورد في أي قانون خاص تحسب الفائدة القانونية بنسبة 9% سنوياً ولا يجوز الاتفاق على تجاوز هذه النسبة". فلو كان القانون الفرنسي الواجب التطبيق يفرض نسبة اعلى من هذه النسبة فإنه لا يستبعد تطبيق النص كاملاً وإنما يتم انقاص الفائدة إلى النسبة التي يحددها القانون الأردني قانون القاضي على سبيل المثال، وهذا هو الأثر الملطف للنظام العام لأنه لا يستبعد التطبيق بل يزيل الجزء الماخلف فقط.

لما لذلك من تأمين حقوق الدائنين في المجال الدولي،وإذا تبين أن هذه الآثار من الجسامة ما يجعلها تتنافى مع النظام العام الوطني حينئذ يبقى أعمال الدفع بشأنها، كطلب تنفيذ التزام دين قمار ،أو تعدد الزوجات الذي يقره النظام الاسلامي ولا يقره النظام الفرنسي مثلاً [3].

نخلص إلى القول أن الدفع بالنظام العام سلاح ذو حدين يجب الاعتدال في استخدامه وإلا أطاح بالهدف الذي يسعى إليه القانون الدولي الخاص من التيسير للعلاقات الدولية وازدهارها عبر الحدود وتحقيق التعايش والتناسق الدولي للحلول والإنفاذ الدولي للأحكام عبر الحدود، وهذا هو موقف محكمة النقض المصرية في

([1])- الدكتورة حفيظة السيد الحداد – العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – 2003_ ص (553-554).

([2])- المنشور على الصفحة رقم 735 من عدد الجريدة الرسمية رقم 3545 بتاريخ 1988/4/2.

([3])- المنشورة على الجريدة الرسمية رقم 132 على الصفحة (16) بتاريخ 1926/7/15.

الطعن رقم 59 لسنة 39 مكتب فني 26 ص- رقم 364- تاريخ 1975/2/12 "المناط في استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق – وفق المادة 28 من القانون المدني –هو أن تكون الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بان تمس كيان الدولة أو تتصل بمصلحة عامة ،أو أساسية للجماعة ولا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في صدد استبعاد تطبيق القانون الأجنبي"[1]. وجاء في قرار آخر انه" لا يكفي أن تتعارض أحكام القانون الأجنبي مع نص قانوني آمر فان مخالفتها لا تنصب مبررا لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق" (طعن رقم –1259 –لسنة 49 –مكتب فني 34- ص رقم -1416 –تاريخ 1983/6/13)، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في عدة قرارات نذكر منها القرار رقم 2002/709 –تاريخ 3/26/ 2002 "لا تجيز المادة 29 من القانون المدني الأردني تطبيق إحكام القانون الأجنبي إذا كانت مخالفة للنظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية، وإذا كان النزاع حول مقدار حصص إرثية فان مثل هذه المسائل تعتبر من النظام العام في القوانين الأردنية وحيث أحكام القانون القبرصي ذات الصلة تخالف للنظام العام في المملكة فان ذلك يمنع تطبيق القانون القبرصي في حالة هذه الدعوى"[2]، وهكذا نكون قد انتهينا من دراسة المانع الأول من موانع تطبيق القانون الأجنبي إلا وهو مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام لقانون دولة القاضي وننتقل لدراسة المانع الثاني وهو الغش أو كما اسماه البعض التحايل على القانون في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

الدفع بالغش نحو القانون

يعد الغش سباً لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، لذا نعرض لمفهومه وكيفية ظهوره، وللأساس القانوني للدفع به أمام القاضي الوطني، وشروط التمسك به وفق الآتي:

([1])- قرارات محكمة النقض المصرية – جمع و تبويب- المستشار كمال عطية –قرص مدمج

([2])- قرارات محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية – برنامج محوسب – منشورات مركز عدالة- عمان – الأردن.

أولاً – مفهوم الغش في القانون الدولي الخاص:

إن المشرع الوطني عندما يضع القواعد التي تحكم المنازعات ذات العنصر الأجنبي عن طريق ما يسمى بقواعد الإسناد والتي تشير بدورها إلى القانون الواجب التطبيق، إنما يقدر حاجة المعاملات الدوليةواعتبارات العدالة مستوحياً ضوابط الإسناد من الظروف الواقعية أو القانونية المحيطة بهذه العلاقة وكثيراً ما يكون لإرادة الأفراد الدور الأكبر في اختيار ضوابط الإسناد أو تغييرها كالجنسية والموطن ومحل الإقامة أو تغير موقع المنقول، والوضع الطبيعي هو أن المشرع قد وضع قواعد الإسناد لتعمل بصورة طبيعية ضمن الظروف الواقعية والقانونية ولم يريد المشرع أن يضع تحت تصرف الأفراد أدوات تمكنهم من الهرب من أحكام القانون المختص بحكم العلاقة[1]، ويتطلب الدفع بالغش نحو القانون أن يكون التغيير الذي يقوم به أطراف العلاقة في ضابط الإسناد غير مقصود لذاته وإ نما قصدوا به الإفلات من أحكام قانون معين مختص أصلاً بحكم العلاقة التعاقدية ،ورغم أن وسيلة التغيير مشروعة في حد ذاتها أو تعد كذلك ذلك أن كل فرد من حقه تغير جنسيته ،أو بلد إبرام تصرفاته ،أو محل إقامته فان استخدام **هذه الوسيلة المشروعة قد قصد بها** التوصل إلى هدف غير مشروع وهو التحايل على أحكام القانون[2]. مما تقدم نخلص إلى تعريف الدفع بالغش نحو القانون بأنه دفع يتمسك به في مواجهة أطراف النزاع لاستبعاد القانون الواجب التطبيق أصلاً (0سواء أكان القانون الوطني للقاضي أو القانوني الأجنبي) نتيجة خلق ظروف خاصة بواسطة تدبير إرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه بتغير ضابط الإسناد وبسوء نية، بحيث لا يكون التغير مقصود لذاته ،ولكن يكون الباعث الحقيقي له هو التهرب من الأحكام الآمرة التي تشدد في إجراءات مطلوبة من أطر اف النزاع[3].

ثانياً – كيفية ظهور فكرة الدفع بالغش نحو القانون :

([1]) – الدكتور عكاشه محمد عبد العال ..–تنازع القوانين... مرجع سابق– (ص 487 –488)

([2])– الدكتور محمد عبد الله المؤيد .–القانون الدولي الخاص–.... مرجع سابق– (ص 87)

([3])– الدكتور الأطرش محمد – محاضرات مطبوعة على ألآلة الكاتبة غير منشورات ألقيت على طلبة كلية الحقوق – السنة الثانية في السلك الثاني – جامعة القاضي عياض – مراكش – المغرب – السنة الجامعية – 2002–2003 ص (58–59)

ظهرت هذه الفكرة لأول مرة بمناسبة قضية شهيرة تدعى قضية الأمير "دي بيفو رمنت" وتتلخص وقائعها في أن سيدة بلجيكية تدعى "كارمن" تزوجت من الأمير الفرنسي " دي بيفورمنت" واكتسبت الجنسية الفرنسية ثم حدث خلاف بينهما فأرادت الطلاق فتجنست بجنسية إحدى الإمارات الألمانية ومن ثم حصلت على الطلاق طبقاً لقانون جنسيتها الجديد وتزوجت من أمير ألماني يدعى " بيبسكو" وأقامت معه في فرنسافرفع الزوج الأول دعوى طالب فيها باعتبار هذا الزوج باطلاً استناداً إلى أن تجنس الزوجة بالجنسية الجديدة كان بهدف الغش والتحايل على القانون[1].فقضت محكمة النقض الفرنسية لفائدة الزوج مستندة على فكرة الغش نحو القانون، بحيث بدا لها أن التجنس لم يكن مقصوداً لذاتهوا ٍنما مطيه ووسيلة مشروعة قصد بها التوصل إلى غرض غير مشروع، وهو إبرام زواج ثاني والدليل على ذلك أنها مجرد طلاقها تزوجت من جديد (**صدر هذا القرار في 18/ مارس /1878**) [2]. على أن القضاء الفرنسي الحديث يرى أن الغش قد يحدث ليس فقط في ظرف الإسنادوا ٍنما أيضاً في طائفة الإسناد ففي قضية تتلخص وقائعها في أن المورث وهو فرنسي مقيم في أمريكا أراد أن يهرب من أحكام القانون الفرنسي باعتباره قانون الميراث في العقارات (الهرب من فكرة النصيب أو الحصة المحجوزة التي يفرضها القانون الفرنسي لمصلحة أطفاله) فقدم عقاره بوصفه حصة عينية في شركة لقاء حصوله على أسهم قاصداً إخضاع هذا الميراث للقانون الأمريكي باعتباره قانون موطنة الأخير والذي يجهل فكرة النصيب المحجوز فأثيرت على اثر وفاته مسألة الغش نحو القانون الفرنسي فاستجابت المحكمة الفرنسية لطلب الأبناء واستبعدت تطبيق القانون الأمريكي بوصفه قانون آخر موطن للمتوفي أريد تطبيقه للهرب من أحكام الإرث التي يفرضها القانون الفرنسي المختص أصلاً [3].

ثالثاً – الأساس القانوني لنظرية الدفع بالغش:

(1) – الدكتور احمد الفضلي .–الموجز في القانون الدولي الخاص–.... مرجع سابق– ص (157–158)

(2) – انظر هذا في الدكتور عكاشه محمد عبد العال .–تنازع القوانين–.... مرجع سابق –ص 489 .

(3) الدكتور عكاشه محمد عبد العال–المرجع السابق ...–.ص 491 .

رغم اتفاق غالبية الفقه في مصر وفرنسا على وجوب مطاردة الغش، إلا أنهم اختلفوا مع ذلك في الأساس القانوني لهذا الدفع فمنهم من قال انه تعسف في استعمال الحق والى هذا ذهب جانب من الفقه الفرنسي في القول بأن نظرية الغش لا تعدو أن تكون صورة من صور التعسف في استعمال الحق، وهو رأي مرجوح حيث أن الرأي الراجح يرى أن التعسف يفترض وجود عنصرين رابطة قانونية تتمثل في تسلط واستئثار شخص دون سائر الناس بما تخوله هذه الرابطة من تسلط واستئثار على هذا الشيء أي أن التعسف يكون بمناسبة ممارسة الحقوق وبذلك يعجز هذا الاتجاه في تبرير استعمال الرخص والحريات التي لا شأن لها بنظرية التعسف في استعمال الحق(1).
غير أن جانب آخر من الفقه أن الدفع بالغش ليس سوى تطبيق من تطبيقات النظام العام إذا أدى إلى الإفلات من الأحكام الآمرة في قانون القاضي، فهو ووفقاً لهذا الرأي يشكل خرقاً للنظام العام يتوجب معه استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام ،ولعل الفقه الذي ربط في القديم بين نظرية الغش وفكرة النظام العام قد حاول أن يدعم الأساس الذي ترتكز عليه هذه النظرية حتى يمكن لها أن تقف في مواجهة الاعتراضات التي أثارها البعض، في وقت لم تكن فكرة البحث عن البواعث والدوافع مقبولة لدى الشرّاح(2) ولكن هذا الرأي غير مقبول ،لأن لكل منهما هدفه وأساسه المستقل فهدف النظام العام هو حماية كيان المجتمع وقيمه العليا وأساسه التعارض مع الأسس الجوهرية في قانون دولة القاضي. أما الغش فهو يرجع إلى سوء نية في استعمال وتغيير ضباط الإسناد أو تغيير في وصف العلاقة مما يؤدي إلى تغير القانون المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية(3). استقر الرأي على ان للغش كيانه المستقل، فهو لا يقف عند حد الإطار الضيق لنظرية التعسف في استعمال الحق وهو لا يرتبط من جهة أخرى بفكرة النظام العاموا إنما **هو تطبيق لمبدأ عام وهو أن الغش يفسد كل أمر** ولذلك اعتبره الفقه الفرنسي الراجح بأنه من قبيل العرف الذي اكتملت عناصره فأصبح بذلك من القواعد الملزمة بجانب التشريع على أن بعض الفقهاء برر

(1)- الدكتور هشام علي صادق – تنازع القوانين – مرجع سابق- ص 357

(2) – الدكتور هشام علي صادق-المرجع السابق.- ص362

(3) – الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – مرجع سابق (320-322)

هذا المبدأ[1]. إلا انه يسعى لتحقيق غاية مفادها **(تفويت فرصة التطاول على القانون باسم القانون).** اقر الفقه ومن بعده القضاء هذا المبدأ فأصبح بذلك من المبادئ القانونية الراسخة ،وقد أقرت محكمة النقض المصرية مبدأ وجوب مطاردة الغش في نطاق القانون الداخلي، فان المستفاد من أحكامها أنها لا تنكر أعمال هذا المبدأ في مجال القانون الدولي الخاص حيث قررت " **أن قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة، ولو لم يجر بها نص خاص في القانون ،وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة ، وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها في العقود والتصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات** "(تاريخ 9 / فبراير / 1956 مجموعة النقض المدني س – 7 – رقم 23 ص 168) [2] ، وقد خلا نص المادة 29 مدني أردني من استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بسبب الغش نحو القانون مقتصراً على استبعاد أحكام القانون الأجنبي التي تخالف النظام العام والآداب متأثراً بالرأي الذي يعتبر الغش نحو الغش تطبيقاً من تطبيقات النظام العام ، والذي يرى انه إذا كان تغيير ضابط الإسناد قد قصد به الإفلات من الأحكام الآمرة في قانون القاضي فان تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة يشكل خرقاً للنظام ،وهم يستبعدون تطبيق القانون الأجنبي في هذا الفرض باسم النظام العام وليس تأسيساً على الدفع بالغش نحو القانون.

<u>رابعاً شروط الدفع بالغش:</u>

هناك ثلاثة شروط لقيام الغش والدفع باستبعاد تطبيق قانون أجنبي عينته قواعد الإسناد الوطنية هي مادية ومعنوية وقانونية نعرضهما وفق الآتي:

<u>1- (الشرط المادي): التغيير الإرادي لضابط الإسناد :</u>

هو تغيير مادي يتمثل في إجراء تغير إرادي في ضابط الإسناد والذي قد يكون مادياً كتغيير موقع المنقول أو إجراء قانونياً كتغير الجنسية أو الموطن، ولتحقيق هذا الشرط لا بد من توفر الآتي:

---

(1) – الدكتور هشام علي صادق– تنازع القوانين .– مرجع سابق– ص 357

(2)– الدكتور هشام علي صادق – تنازع القوانين – مرجع سابق– ص 363 والحكم وارد في هامش الصفحة

أ- أن يترتب على تغيير ضابط الإسناد تغير الاختصاص التشريعي فعلياً لا صورياً لأنه لو كان صورياً لأمكن الاحتجاج بأحكام الصورية وا ٍهدار كل اثر لهذا التغير ولا حاجة للدفع بالغش نحو القانون،فإذا غير الشخص موطنه تغيراً صورياً فلا يعتد بهذا الموطن الصوري وتكون العبرة بالموطن الفعلي(1).

ب- أن يكون الغيير في ضابط الإسناد سليماً ومشروعاً فإذا كانت الوسيلة المستعملة في التغيير غير مشروعة كأن يتم تغيير الجنسية عن طريق التزوير بالمستندات المطلوبة للتجنس فهنا لا يعتد بالجنسية المكتسبة عن طريق التزوير ويعتد بالجنسية الأولى فلا حاجة لاستعمال الدفع بالغش نحو القانون، ولذلك يمكن القول بأن الدفع بالغش نحو القانون يعتبر دفع احتياطي لا يلجأ إليه إلا كعلاج أخير عندما يتعذر إبطال التصرف تطبيقاً لأي قاعدة أخرى(2).

2- (الشرط المعنوي): نية الغش أو التحايل على القانون:

يقتضي هذا الشرط أن يهدف الشخص من وراء هذا التغير إلى الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً وهذا هو العنصر المعنوي في الغش ويترتب عليه إضرار بمصالح الغير المشروعة، فتجنس زوجة الأمير " ذي بوفرمون" بالجنسية الألمانية بقصد الإفلات من قانون جنسيتها الأولى ترتب عليه أضرار بالمصالح المشروعة لزوجها الأول(3). لذلك لا بد من التأكد من أن التغيير يهدف إلى التهرب من الخضوع لأحكام القانون المختص أصلاً، ولا شك أن البحث عن البواعث والنوايا في هذا المقام من الأمور المعقدة ولذلك فإنها تترك لقاضي الموضوع يستخلصها من الظروف الخاصة بكل قضية على حدة دون رقابة للمحكمة العليا عليه(4). فإذا استخلص قاضي الموضوع من ظروف الدعوى أن شخصا غير جنسيته لمجرد تجنب الحكم المانع من التطليق الوارد بقانون جنسيته القديمة حتى يتمكن من التطليق وفقاً لقانون جنسيته الجديدة كان هذا الاستخلاص بعيداً عن رقابة المحكمة العليا أما كون

---

(1)- الدكتور الأطرش محمد - ..محاضرات غير منشورة.... مرجع سابق- ص 59

(2)- الدكتور طلعت محمد دويدار - القانون الدولي الخاص السعودي - الناشر دار المعارف - الإسكندرية - مصر-1418 هـ - ص 313

(3) - الدكتور هشام علي صادق - تنازع القوانين - مرجع سابق- ص 349

(4) - الدكتور الأطرش محمد .-محاضرات غير منشورة-. مرجع سابق- ص 59

تغيير الجنسية بقصد التمكن من التطليق يعتبر مخالفة غير مباشرة للقانون أم لا فهو أمر يخضع لرقابة المحكمة العليا شأنه شأن المخالفة المباشرة للقانون(1).

3- الشرط القانوني(خضوع المتحايل لقانون جديد) :

لم يتعرض لهذا الشرطه معظم الشر ّاح باعتباره شرطاً للدفع بالغش نحو القانون ليس لعدم أهميته وا إنما لأنه أمر بديهياً إذ أن الشخص عندما يغير ضابط الإسناد أو وصف العلاقة إنما يهدف ويسعى إلى الخضوع إلى قانون جديد يخدم مصالحة بوصفه بديلا للقانون الذي تم التهرب من أحكامه، وهذا القانون الجديد الذي أراد المتحايل الخضوع لأحكامه هو الذي يمثل العنصر القانوني حيث لا يمكن القول بأن هناك تحايلاً في حالة عدم وجود قانون جديد(2). إذ أن على القاضي التثبت من أن الشخص إنما قام بالتغير والتلاعب ليخضع إلى قانون مختلف مثل حالة التلازم الزمني بين تغير ضابط الإسناد وبين القيام بالتصرف المراد تطبيق القانون الجديد عليه، أو أن التغيير أدى إلى اختصاص قانون جديد يمنح تسهيلات استثنائية لظرف معين ومقارنة مع القانون الواجب التطبيق أصلاً ، ولذلك ثار جدل حول ما إذا كان هذا الدفع يقتصر على حالات التهرب من قانون القاضي فقط أم التهرب من أحكام القانون الأجنبي كذلك،والذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه والرأي الراجح هو أن الدفع بالغش نحو القانون يعتد به سواء كان الهدف التهرب من أحكام القانون الأجنبي أو قانون القاضي والحجة في ذلك هو ضرورة مطاردة الغش بغض النظر عن القانون المراد التهرب من الخضوع لأحكامه، فالأمر يتعلق باعتبارات خلقية وأدبية(3).

4 – يجب أن تكون القاعدة المتحايل عليها قاعدة آمرة:

وهذا الشرط ربما كان مفترضاً حيث أن القاعدة الآمرة هي التي لا يجوز للأفراد المتعاقدين مخالفتها وبالتالي افتعال أمراً أو تغييراً في ضابط الإسناد للإفلات من حكمها، أما إذا كان القاعدة مفسرة أو مكملة والتي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها

(1)- الدكتور عز الدين عبد الله–القانون الدولي الخاص- مرجع سابق- ص 564

(2)- الدكتور احمد الفضلي–الموجز في القانون الدولي الخاص-. مرجع سابق- ص 165

(3)- الدكتور الأطرش محمد .–محاضرات غير منشورة-. مرجع سابق- ص 60

فإنـه لا يتصـور قيـام فكـرة التحايـل علـى القـانون نحوهـا إذا مـا تـم مخالفتهـا باتفـاق الأطراف.

خامساً – الأثر أو الجزاء المترتب على إعمال فكرة الغش نحو القانون :

يتمثل الجزاء أو الأثر المترتب على قبول هذا الدفع هو استبعاد أحكام القانون الـذي قصـد المتحايـل تطبيقهـا للوصـول إلـى مصـالحة الخاصـة وا ٍرجـا ع الاختصـاص للقانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا ما هي حـدود عمليـة الاستبعاد هل تقتصـر علـى النتيجـة غيـر المشروعة؟ أم أنهـا تشـمل إلـى جانـب النتيجـة الوسيلة المشروعة التـي اتخذها المتحايل للوصـول إلـى غايتـه؟! انقسم الفقه بهذا الخصوص إلى اتجاهين هما[1] : –

1– شمول الجزاء النتيجة والوسيلة معاً : يـرى جانـب مـن الفقـه الفرنسـي أن الجـزاءيتنـاول النتيجـة والوسـيلة معـاً ، وعلـى هـذا الأسـاس ففـي قضـية الأميـر " ذي بوفورمـون" لا يقتصـر الجـزاء علـى عـدم نفـاذ الطـلاق والـزواج الثـاني بـل أيضـاً عـدم الاعتداد بالجنسية الألمانية وهي الوسيلة التي لجأت إليها الأميرة للتوصل إلى الطلاق إذ من غير المستساغ أن يعترف للتجنس ببعض آثاره دون البعض الآخر، وذلك منعاً للغش وقتلـه فـي مهده وعدم الأضـرار بـالمراكز القانونيـة واسـتقرارها ومعاملـة الغـاش بنقيض قصده[2].

2–اقتصـار الجـز اء علـى النتيجـة فقـط : يرى جانـب من الفقـه إلـى أن الغش ينحصـر أثره فـي عدم نفـاذ النتيجـة التـي سـعى الشـخص المتحايـل إلـى التوصـل إليهـا، فمـثلاً فـي قضـية الأميـر "ذي بوفرمـون " تبقـى كافـة الآثـار الأخـرى المترتبـة علـى اكتساب الخصم الجنسية الجديدة قائمة وبذلك فان أي نزاع مستقل يتعلق بأهلية هذا الشخص يقتضي تطبيق قانون جنسيته الجديدة ما دام انـه لم يقم بتغير جنسيته تهربا مما يقضي به قانونها في شأن الأهلية بالنسبة لهذا النزاع بالذات[3]. **إذ** يرى أصحاب

(1) – الدكتور احمد الفضلي–الموجز في القانون الدولي الخاص –. مرجع سابق– ص 166

(2)– الدكتور محمد عبد الله المؤيد–القانون الدولي الخاص ..... مرجع سابق –ص 91–92

(3)–الدكتورة حفيظة السيد الحداد .... الموجز في القانون الدولي الخاص–مرجع سابق –ص 325

هذه الاتجاه أن النتيجة هي التي تعتبر غير مشروعة أما الوسيلة فلا تنطوي على أي مخالفة للقانون، وانه يتعين استبعاد القانون في حدود النزاع الذي وقع التحايل بمناسبته أما خارج هذه الحدود فانه يتعين ضابط الإسناد الجديد ما دام انه لن يؤدي إلى تحقيق النتيجة التي هدف المتحايل الوصول إليها ابتدأ وهذا هو الرأي الراجح[1]. **و**أؤيد هذا الرأي فأثر الغش هو مجرد اثر حلولي واستبدالي أي أن القانون المختص أصلاً يحل محل القانون الذي تم التوصل إلى اختصاصه نتيجة الغش و التحايل وبناء عليه تبقى كافة الآثار الأخرى المترتبة على تغير ضابط الإسناد، فمثلاً بالنسبة إلى تغير موقع الأموال المنقولة فان أعمال نظرية الغش ينحصر في الاعتداد بقانون الموقع الجديد فيما لو استجد أمام القضاء بعد ذلك نزاع يتعلق بما أصاب هذا المنقول من تلف نتيجة لخطأ الغير فقانون الموقع الفعلي الذي حدث فيه الفعل الضار هو الذي سيحكم المسؤولية التقصيرية في هذا الفرض[2].

المطلب الثالث
التمسك بالمصلحة الوطنية
لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي

أولاً : معنى المصلحة الوطنية:

المصلحة الوطنية دفع ثالث يراد به استبعاد أحكام الأهلية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا كان الأخذ بهذه الأحكام سيترتب عليه الاضرار بمصلحة الطرف الآخر في العلاقة موضوع النزاع.

لكل مجتمع مصلحة أو مجموعة من المصالح العامة العليا والتي تمثل في مجموعها حماية للحياة الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية...الخ، لذلك تشرع الدولة قواعد قانونية تهدف إلى تحقيق هذه المصلحة[3] وتقر استبعاد أحكام القانون

---

(1) الدكتور احمد الفضلي –الموجز في القانون الدولي الخاص........ مرجع سابق –ص167

(2) الدكتور محمد عبد الله المؤيد –القانون الدولي الخاص..... مرجع سابق– ص (91_92)

([3]) الدكتور أنور سلطان – مصادر الالتزام في القانون الأردني – مرجع سابق – ص 110.

الأجنبي إذا كان الأخذ بهذه الأحكام سترتب عليه الاضرار بمصلحة وطنية عليا تهم الطرف الوطني في الدولة موضوع النزاع.

وهذه الفكرة حديثة نسبياً، إذا ما قورنت بالنظام العام وفكرة الغش نحو القانون التي سبق شرحها كموانع من تطبيق القانون الأجنبية المختص، فلم يطبق القضاء وعلى وجه الخصوص في فرنسا هذا المبدأ إلا سنة 1831[1]، وقد تقرر بشكل صريح في حكم شهير لمحكمة"تولوز" صدر سنة في 1861 في قضيه تعرف بقضية"ليزاردي" تتلخص وقائعها في أن شاباً مكسيكياً في سن الثالثة والعشرين اشترى من باريس بعض الجواهر من تاجر فرنسي وحرر بالثمن سندات عليه وعند المطالبة احتج بإبطال السندات بسبب نقص أهليته على أساس أن القانون المكسيكي يحدد سن الرشد بخمس وعشرين سنة استبعدت المحكمة القانون المكسيكي وتأيد هذا الحكم من قبل محكمة النقض بصحة السندات وا إلزام الشاب المكسيكي بالدفع[2].

وقالت محكمة النقض في تعليلها لهذا الحكم "أنه لا يجوز إبطال هذه السندات لأن التجار الفرنسيين لا يعرفون أحكام القانون المكسيكي ولهم عذرهم فقد خدعتهم مظاهر هذا الشاب المكسيكي الذي تراءى لهم رشيداً وكانوا حسني النية ومن ثم فإن في تطبيق القانون المكسيكي إضراراً بمصلحتهم مما يشكل إضرار بالمصلحة الوطنية" وأردفت "وحيث انه في مثل هذه الحالة لا يمكن أن يلزم الفرنسي بمعرفة قوانين الدول المختلفة ونصوصها المتعلقة بالقصر والبلوغ، وأنه يكفي إذن لصحة العقد أن يتعاقد الفرنسي دون استخفاف ودون عدم احتياط وبحسن نية"[3].

استقى المشرع المصري من مسلك القضاء الفرنسي السابق عرضه ومن بعده المشرع الأردني نص المادة 11 مدني مصري و1/12 مدني أردني حيث نصت "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها إذا كان احد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص أهليتة يرجع الى سبب فيه خفاء

([1]) الدكتور جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – دار النهضة العربية – القاهرة – 1969 – ص 590.

([2]) الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – مرجع سابق – ص 351.

([3]) الدكتور جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – مرجع سابق – ص 591.

لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته" وفقاً لقاعدة الاسناد المقررة في المادة 11 مدني مصري و1/12 مدني أردني والتي تقوم بإسناد أهلية الأشخاص بصفة أصلية لقانون جنسيتهم، على انه لو تبين للقاضي أن اعمال هذا القانون قد ادى الى تقرير نقص أهلية الأجنبي الذي تعاقد في الأردن او في مصر ولم يكن من الميسور على المتعاقد الأخر حسن النية أن يتبين نقص الأهلية الذي لابسه الخفاء فإنه يكفي لصحة العقد أن يكون المتعاقد الأجنبي أهلاً وفقاً لأحكام القانون المصري رغم نقص أهليته وفقاً لقانون جنسيته ومفاد ذلك هو خضوع أهلية الأشخاص لقانون جنسيتهم مع إمكان الرجوع مع ذلك الى أحكام القانون الوطني بصفة احتياطية في شأن أهلية الأجنبي وذلك حماية للمتعاقد الوطني وحفاظاً على الاستقرار المتطلب للمعاملات داخل المجتمع مع ما يستلزمه ذلك من احترام متطلب للأوضاع الظاهرة[1].

ثانياً : الأساس القانوني للدفع بالمصلحة الوطنية:

حاول الفقه الفرنسي رد هذا الدفع الى اصول فقهية عامة. **فذهب البعض** الى انه يجد أساسه في فكرة المصلحة الوطنية والتي تستلزم بالضرورة أن لا يضار الوطني من تطبيق القواعد الأجنبية، ويتوجب حماية الشخص الوطني إذا كان في تطبيق القوانين الأجنبية فيما لو تبين أن تطبيق القانون المختص بمقتضى ضابط الإسناد الأصلي لا يحقق العدالة المادية التي تسعى قاعدة التنازع الى إدراكها، وقد انتقد الفقه هذا التبرير لأن مؤداه حماية مصالح الوطنيين على حساب الأجانب وهو ما يخالف حكمة التشريع لأن قواعد القانون الدولي الخاص تهدف الى حماية مصالح الأفراد دون تفرقة بين وطنيين وأجانب ولأن هذا التبرير قد يؤدي الى تجاهل القوانين الأجنبية المختصة بدعوى حماية الصالح الوطني[2].

([1]) الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – مرجع سابق – ص 613-614.

([2]) الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – مرجع سابق – ص 353.

واتجه جانب آخر من الفقه الى تبريرها بالاستناد الى النظام العام, اذا يتعين استبعاد احكام القانون الأجنبي باسم النظام العام ما دام أن تطبيق هذا القانون يضر بمصالح الوطنيين.

ويعيب هذا الاتجاه أن استبعاد أحكام القانون الأجنبي باسم النظام العام غير متصور إلا لو كانت أحكامه تتعارض تعارضاَ صارخاً مع الاسس الجوهرية القائمة في المجتمع ومما لا شك فيه أن مجرد كون سن الرشد في القانون الأجنبي يزيد عن السن المحددة في القانون الوطني هو أمر لا يصطدم مع النظام العام في دولة القاضي[1].

على أن هذا الاتجاه يؤكد في تبريره هذا أن هذه القواعد المتعلقة بالمصلحة الوطنية ذات التطبيق الضروري هي في نفس الوقت قوانين من النظام العام فكلا الاصطلاحين مترادفين وان ضرورة تطبيقها امراً ضرورياً فهي قواعد ترمي الى حماية الأهداف السياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة وهي بذلك تقترب من بالدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص فكلا الفكرتين تسعيان الى هدف واحد وهو حماية المبادئ الأساسية في الدولة[2].

ويميل فريق ثالث الى الاستناد على فكرة الإثراء بلا سبب لتبرير استبعاد أحكام القانون الأجنبي في هذه الحالة وذلك لتجنب إثراء المتعاقد الأجنبي على حساب المتعاقد الوطني ولذلك يجب أن يخضع النزاع الى القانون الفرنسي في قضية 'ليزاردي" باعتباره قانون الدولة التي حدثت فيها واقعة الإثراء[3].

ولكن إعمال الفكرة بالنسبة للفرض الذي نحن فيه ينطوي على التجاوز فليس شرطاً للتمسك بدفع المصلحة الوطنية أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية قد اثري فلو كان الامر يتعلق بالإثراء بلا سبب لترتب على ذلك أن الطرف الذي أريد حمايته لا يستطيع أن يطالب بحكم القانون الا بالأقل من القيمتين العائدتين على الأجنبي أو

([1]) الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – مرجع سابق ص 352.

([2]) الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – مرجع سابق – ص 643.

([3]) الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – ص 353.

فقدان ما افتقر به المتعاقد الاخر مع أن المعلوم إن دفع المصلحة الوطنية يؤدي الى تصحيح العقد[1].

وذهب جانب من الفقه الفرنسي مبرراً ذلك الحكم الى انه من غير المقبول أن يفترض الفرنسي العلم بالقانون الأجنبي ويرجع هذا الرأي إلى أن القانون الأجنبي لا يعامل أمام القضاء بوصفه قانوناً وا نما يوصفه مجرد عنصر من عناصر الواقع ولكن هذا التبرير تعوزه الدقة إذ لو كان صحيحاً أنه لا يفترض في الشخص العلم بالقانون الأجنبي لانقلب الاستناد المذكور الى قاعدة عامة في شأن كافة المسائل ولم يقتصر على مسألة الأهلية فقط وهو ما يخالف الحقيقة.

ولعل الصحيح هو أن قضاء "ليراردي" يجد أساسه في فكرة حماية الاوضاع الظاهرة واستقرار التعاملات الوطنية وذلك حماية للمتعاملين مع الأجنبي الذي بلغ سن الرشد وفقاً لأحكام القانون المحلي ماداموا حسني النية ومعذورين في جهلهم بأحكام هذا القانون[2]، مما يتطلب حماية المقيمين في الدولة – وطنيين كانوا أم أجانب من مفآجأت التشريع الأجنبي وهي حماية تستلزمها مقضيات الأمن المدني والاجتماعي بحيث يعتبر الدفع بالمصلحة الوطنية بمثابة قيد على تطبيق القانون الأجنبي[3] قيد تمليه الاعتبارات المذكورة سابقاً والتي أرست هذا الدفع الذي تلقفته كثيراً من التشريعات في القانون المقارن فقد قننه المشرع الأردني (م1/12 مدني) والمصري (م1/11 مدني) والسوري (م12/ مدني) والعراقي (م18/مدني) والألماني (م 12/مدني) والسويسري الجديد (م 36) ومن الاتفاقيات الدولية اتفاقية روما 1980 (م11) [4].

ثالثاً : شروط التمسك بالمصلحة الوطنية:

1 – أن تكون العلاقة موضوع النزاع من العلاقات المالية (المدنية أو التجارية) ويترتب على ذلك أنه لا يجوز التمسك بهذا الدفع في مسائل الأحوال الشخصية.

([1]) الدكتور جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – مرجع سابق – ص (600–601).

([2]) الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – مرجع سابق – ص 353–354.

([3]) الدكتور جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – مرجع سابق – ص 602.

([4]) كما وردت في مرجع الدكتور عكاشة محمد عبد العال – تنازع القوانين – مرجع سابق – ص 598.

2 – أن تكون هذه العلاقات قد عقدت في البلد الذي يتمسك فيه بالمصلحة الوطنية وتترتب آثارها فيه وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 11 مدني مصري من 1/12 مدني أردني[1].

3 –ويشترط أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجعاً الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه فإذا كان المتعاقد مع الأجنبي ناقص الأهلية يعلم بنقص أهليته فلا وجه لحمايته.

وتقدير هذا الشرط مسألة موضوعية يقدرها القاضي بالنظر الى كل حالة على حدة وهو يأخذ في الحسبان بلا شك شخص من يتمسك بالاستثناء وأهمية التصرف الذي أمضاه ففي التصرفات الخطيرة ذات الأهلية كاقتراض مبلغ كبير او بيع عقار او في العقود ذات الطابع الشخصي يلزم أن يتشدد طويل وتسبقه مفاوضات متأنية لأنه والحالة هذه يجب على من يتعاقد مع الأجنبي ناقص الأهلية أن يتحرى عن أهليته وا ٍلا كان غير معذور بجهله أن تعاقد بخفة ورعونة فلا يستفيد مع هذا الاستثناء.

4 – أن يكون المتعاقد الأجنبي (المعتبر ناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته) كامل الأهلية وفقاً لقانون دولة محل إبرام التصرف. وهذا شرط بديهي تفرضه طبيعة الأشياء[2].

رابعاً : الأثر المترتب على التمسك بالمصلحة الوطنية:

يترتب على الأخذ بفكرة الحماية للمصلحة الوطنية طرح الدفع الذي يثيره الأجنبي جانباً تصحيح العقد باعتباره كامل الأهلية وا ٍلزامه بما يترتب عليه من آثار[3].

وعلى ذلك فإن أثر هذا الاستثناء ينحصر في استبعاد نقص أهلية الأجنبي المؤسس على السبب المجهول بعذر من الطرف الآخر" وغني عن البيان أنه يلزم لاعتبار الأجنبي كامل الأهلية أن يكون مكتمل الأهلية وفقاً للقانون الوطني (القانون

([1]) الدكتور جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – مرجع سابق – ص 595.

([2]) الدكتور عكاشة محمد عبد العال – تنازع القوانين – مرجع سابق – ص 797-798.

([3]) الدكتور جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – مرجع سابق – ص 598.

الإقليمي) إذ من المفروض أن المتعاقد الآخر قد اعتقد على الاقل في كمال أهلية الأجنبي وفقاً لأحكام القانون السائد في الإقليم الذي تم فيه التعاقد[1].

خامساً : تطبيقات على التمسك بالمصلحة الوطنية:

قلنا ان المشرع المصري ومن بعده المشرع الاردني استقى من حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في قضيه ليز اردي"السابق عرضها و التي اخذ بها المشرع الفرنسي نص المادة "11" مدني مصري و 12 /1مدني ار دني وهي بنفس الصياغة حيث وردت كأحد التطبيقات على التمسك بالمصلحة الوطنية بل تكاد تكون اهمها ونصت على انه " يسري على الحالة المدنية للاشخاص واهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيهم, ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الاردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها اذا كان احد الطرفين اجنبياً ناقص الاهلية وكان نقص الاهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الاخر تبينه ، فان هذا السبب لا يؤثر في اهليته " فبعد ان وضع المشرع الاردني ومن قبلة المشرع المصري وسائر التشريعات التي تاخذ بهذا الدفع التي ذكرناها سابقاً قاعده عامه مفادها تطبيق قانون جنسية الشخص على مسألة الاهلية الا انه عاد وأورد استثناء على هذه القاعدة العامة يقضي بعدم تطبيق هذه القاعدة اذا ما توافرت الشروط التي اوردتها المادة 11 مدني مصري و 1/12 مدني اردني والتي سبق شرحها وتوضيحها. وايضا نلمس هذا الاستثناء المقرر لاجل المصلحة الوطنية في المادة 15 من قانون التجارة الاردني[2] والتي نصت " تخضع الاهلية التجارية لاحكام القانون المدني وبالتالي فان قانون التجارة الاردني احال واخضع موضوع الأهلية التجارية لأحكام القانون المدني تحاشياً للتكرار غير المبرر وبالتالي فانها تخضع لنص المادة 1/12 مدني اردني السالفة الذكر والتوضيح وذلك يعد اعمالاً للاستثناء المقرر رعاية للمصلحة الوظنية اذا ما

([1]) الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – مرجع سابق – ص 357.

([2]) قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 وتعديلاته المنشور على الصفحة رقم 472 من عدد الجريدة الرسمية رقم 1910 بتاريخ 1966/3/30.

تعاقد الاجنبي ناقص الاهلية وفق لقانون جنسيته مع توافر الشروط التي نصت عليها المادة 1/12 مدني اردني في شأن عقد تجاري.

ولنفس الغوض ايضاً اورد قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنه 1999 الذي بدأ العمل به في 1/اكتوبر /1999 المادة 11 والمتعلقة بتنظيم اهلية مزاولة التجارة في مصر والتي نصت "يكون اهلاً لمزاولة التجارة في مصر مصرياً كان أو اجنبياً : أ – من بلغت سنه احدى وعشرون سنه كاملة, ولو كان قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته قاصراً في هذه السن....."

وبهذه المثابة يجوز للأجنبي مزاولة التجارة في مصر اذا بلغ 21 سنة اسوة بالمصريين دون ان يكون له أو لغيرة الاحتجاج ينقص اهليتة التجارية وفقاً لقانون جنسيته الاجنبية وبصرف النظر عن توافر الشروط التي فرضتها المادة 11 من القانون المدني المصري من عدمه[1].

وفي تقديري ان المشرع المصري كان اكثر توفيقاً من المشرع الارني عندما افرد للأهلية التجارية نصاً خاصاً في قانون التجارة وبعدم اشتراطه للشروط التي تتطلبها المادة 11 مدني مصري و 1/12 مدني اردني وذلك مراعاة لما تتطلبة الاعمال التجارية من السرعة والانتمان واستقرار المعاملات 0

ومن التطبيقات ايضا نص المادة 2/130 من قانون التجارة الاردني التي تنص " يرجع في تحديد اهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب إلى قانون بلده ومع ذلك اذا إلتزم شخص بمقتضى سند السحب وتوافرت فيه أهلية الالتزام به وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام كان التزامه صحيحاً ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الاهلية وفقا لقانون بلدة" من هذا النص يتضح ان اهلية الالتزام بمقضى سند السحب الملتزم بموجب سند السحب الاهلية وفقاً لقانون البلد الذي ترتب فيه هذا الالتزام اعتبر التزامه صحيحاً ولو لم يكن اهلالهذا الالتزام وفقاً لقانون جنسيته حسب القاعدة العامة وكان اهلاوفقاً لقانون البلد الذي صدر فية التصرف كان التزامه صحيحاً وذلك مراعاة للمصلحة الوطنية المتمثلة في استقرار المعاملات 0

([1]) الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – مرجع سابق – ص 357–358.

واخيرا وان كانت هذه الفكرة قد استقرت كما أوضحنا سابقاً فان التسمية " بحماية المصلحة الوظنية" وعلى رأي استاذنا الدكتور المرحوم جابر جاد عبد الرحمن تسمية غير موفقة اذ هي لا تعبر عن مدلولها الحقيقي فصحيح انها بدأت بالوطنين ولكنها مالبثت ان امتدت إلى غير الوطنيين ولكن هل معنى ذلك ضرورة البحث عن تسمية جديدة ؟

حاول بعض الكتاب ذلك فاقترحوا مثلاً " اصطلاح الجهل المغتفر بالقانون" ومن الذين قالو بهذه التسمية الفقيه الفرنسي " بيتفول " وليمي اولمان "وهي تسمية غير موقفه كما اوضحنا في البند الخاص باساس هذا الاستثناء واذا كان لا بد من اسم على مسمى فيمكن ان نقترح التعبير عن هذا الدفع " بحماية المتعاقدين من مفاجآت التشريع الاجنبي في مادة الاهلية " مع ان التسمية التقليدية "التمسك بالمصلحة الوطنية " قد ثبت بحكم العاده وسطرتها احكام المحاكم واقلام الكثير من الفقهاء مع ملاحظة ما تنطوي عليها من معنى من قريب من المعنى الحقيقي[1].

تمت بحمد الله

([1]) الدكتور جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – مرجع سابق – ص 602-603.

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أجد أن خلاصة هذه الدراسة (تنازع القوانين في الروابط العقدية الدولية الخاصة) ومع تحفظي على تعبير الدولية وذلك انسجاماً مع ما تعارف على تسميته القانون الدولي الخاص والذي تشكل هذه الدراسة إحدى موضوعاته والتي أرى أن التسمية المنسجمة مع هذا الفرع من القانون هو (القانون الذي يحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي) ولقد كان المشرع الكويتي بعيد النظر عندما أصدر (القانون الكويتي الخاص بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي) رقم 5 لسنة 1965، وهو التشريع الوحيد الذي ورد ذكره في هذه الدراسة بهذه التسمية، مع أني كنت أتمنى لو أن المشرع العربي التونسي اتخذ هذه التسمية أيضاً بدلاً من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الصادرة في 27 نوفمبر 1998 باعتباره احدث التشريعات العربية وأكثرها تطوراً في مجال الدراسة، وبالتالي أرى توافقاً مع ذلك استبدال لفظ الدولي الخاص أينما وجد بتعبير العلاقات ذات العنصر الأجنبي فليس هناك أية صفة دولية وكل ما في الأمر أن هناك علاقة تعدت في احد عناصرها الحدود لتمتد إلى خارج الحدود الإقليمية لدولة القاضي ليؤدي ذلك الامتداد إلى تطبيق قانون أجنبي عليها بموجب قاعدة الإسناد الوطنية لدولة القاضي. إذ خلصت هذه الدراسة إلى أن الروابط التعاقدية ذات العنصر الأجنبي قد اتخذت معظم التشريعات قاعدة عامة بشأنها ومنها القانون المدني الأردني بحيث تم تقسيم القانون الواجب التطبيق على تلك الروابط إلى قانون يحكم موضوع العلاقة وآخر يحكم شكلها وفق قواعد تحتوي على ضوابط إسناد خاصة بالموضوع وأخرى خاصة بالشكل، ثم أن هناك أسلوب يختلف عن تطبيق القانون الوطني من حيث التزام القاضي بالبحث عن مضمونه وإثباته وكذلك تفسيره وموانع تطبيقه وكذلك الآثار المترتبة على قبول الدفع واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص. ومن خلال استعراض المواضيع التي بحثتها في هذه الدراسة فقد توصلت إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً : النتائج:

من خلال الاطلاع على مصادر ومراجع هذا البحث المتنوعه والتي تمت الأستعانه بها لأستخلاص النتائج منها وبعد تحليل واستقراء مواضيعها فقد توصلت إلى النتائج التالية:

1- إن معظم التشريعات ومنها القانون المدني الأردني اتجهت إلى ضوابط إسناد معينة لحكم موضوع الالتزامات التعاقدية مع تحفظي على هذا التعبير والذي سنوضحه في توصيات الدراسة وضوابط إسناد أخرى لتحديد القانون المختص بحكم الالتزامات التعاقدية من حيث الشكل.

2- إن القاعدة العامة وبحسب الأصل والتي تكاد جميع التشريعات تجمع عليها ومنها القانون المدني الأردني هي قاعدة خضوع الرابطة التعاقدية من حيث الموضوع للقانون الذي تختاره الإرادة المشتركة للمتعاقدين أو ما اصطلح الفقه على تسميته (قانون الإرادة).

3- إن معظم التشريعات والفقه يجمع على وجوب الأخذ بالقانون الذي تختاره الإرادة المشتركة للمتعاقدين صراحة أو ضمناً مع اختلافهم في شأن الإرادة المفترضة.

4- إن معظم التشريعات التقليدية القديمة تأخذ بإسناد الرابطة التعاقدية من حيث الموضوع بمبدأ الإسناد الجامد ومنها التشريع الأردني،وذلك عند عدم اختيار الإرادة للقانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية سواء صراحة أو ضمناً .

5- إن التشريعات ومن بعدها الفقه الحديث يأخذ بنظرية الأداء المميز للرابطة العقدية عند سكوت الإرادة عن الاختيار ومنها التشريع السويسري والألماني والمشرع التونسي في مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الفصل 1/62.

6- إن المشرع الأردني شأنه شأن باقي التشريعات التي تأخذ بمبدأ الإسناد الجامد أورد ضوابط إسناد احتياطية يتوجب على القاضي الأخذ بها عند سكوت الإرادة عن الاختيار للقانون المختص بحكم موضوع الرابطة التعاقدية وهما ضابطي الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً وضابط قانون الدولة التي تم فيها العقد، مع تحفظي على إيراد لفظ تمام

العقد الوارد في المادة 1/20 من القانون المدني الأردني والذي سأوضحه في توصيات هذه الدراسة.

7- أما بخصوص شكل العقود ما بين الأحياء كما أوردتها المادة (21) من القانون المدني الأردني وبعض التشريعات المقارنة مع تحفظي على التعابير في هذه المادة، فقد أوردت عدة ضوابط بخصوص القانون الذي يحكم شكل التصرف، شأنها شأن معظم التشريعات التي تأخذ بمبدأ الإسناد الجامد.

8- إن القاعدة العامة بخصوص شكل التصرف والتي تكاد تأخذ بها جميع التشريعات ومنها القانون المدني الأردني أن الشكل يحكمه قانون محل ابرام العقد أو كما أطلق الفقه على هذه القاعدة (المحل يحكم شكل التصرف أو قاعدة الشكل يحكمه محل إبرام التصرف).

9- إن قاعدة المحل يحكم شكل التصرف هي قاعدة اختيارية وليست إلزامية كما أوردتها المادة (21) من القانون المدني الأردني وكذلك التشريعات المقارنة التي تم التعرض لأحكامها من خلال هذه الدراسة.

10-وا إذا كانت هذه القاعدة اختيارية وليست إلزامية فقد أوردت غالبية التشريعات والتي حذا المشرع الأردني مسلكاً موازياً لها ضوابط إسناد احتياطية لحكم شكل التصرف.

11- أورد المشرع الأردني عدة ضوابط اختيارية يستطيع المتعاقدون الاختيار من بينها لحكم شكل العلاقة التعاقدية.

12-على أن المقصود ضمنياً من القانون الذي يحكم العلاقة موضوعاً هو القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين لحكم العلاقة التعاقدية من حيث الموضوع، لأن الضابطين – قانون البلد الذي تمت فيه وقانون الموطن المشترك –هي ضوابط مشتركة أصلاً بحكم العلاقة التعاقدية شكلاً وموضوعاً الواردة في المادتين (1/20 و 21) مدني أردني.

13-إذا كان ما ورد سابقاً هو القواعد العامة لحكم العلاقة التعاقدية موضوعاً وشكلاً إلا أن هناك استثناءات من هذه القواعد العامة، فقد استثنى المشرع

الأردني ومعظم التشريعات المقارنة التي تم التعرض لهن من خلال هذه الدراسة العقود المتعلقة بعقار من هذه القواعد العامة وأخضعها لضابط إسناد وحيد وإلزامي هو قانون موقع العقار.

14- من دراستي لمراجع ومصادر هذه الدراسة والاطلاع على الآراء الفقهية وتحليل النصوص التشريعية واستعراض الاجتهادات القضائية فإن هناك استثناء آخر من قاعدة قانون الإرادة هو عقد العمل والتي تكاد جميع الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية بتطبيق قاعدة القانون الأصلح للعامل، عليه استناداً إلى حماية الطرف الضعيف ولتعلق تشريعات العمل بالنظام العام لدولة القاضي.

15- إن القانون الأردني شأنه شأن باقي التشريعات لم يفصح بوضوح عن إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وإنما يجب على الخصوم أن يتمسكوا ابتداءً بتطبيق القانون الأجنبي، ويتضح هذا المبدأ من نص المادة (11) مدني أردني التي تنص: "القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يُطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينهم". وبالتالي فإن التكييف لا يكون إلا بناء على طلب من الخصوم، وإذا كان التكييف هو الخطوة الأولى لمعرفة نوع العلاقة هل هي علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية... الخ لإسنادها إلى قاعدة الإسناد الخاصة به؟، فالتكييف هو الطريق إلى قاعدة الإسناد أو باجتهادي لا إسناد بدون تكييف، وإذا كان التكييف لا يكون إلا بناء على طلب فلا يكون لزاماً على القاضي تطبيق قانون أجنبي لم يطلب الخصوم تطبيقه وذلك إعمالاً للقاعدة العامة "القاضي يطبق قانونه الوطني ولا يلتزم إلا بأمر مشرعه الوطني".

16- وفقاً للنتيجة السابقة، فالقاضي الوطني ليس ملزماً بتطبيق القانون الأجنبي إلا إذا تمسك به الخصوم أمامه.

17- وبناء على عدم الوضوح في الوصول إلى النتيجة السابقة، فقد تباينت الأحكام القضائية في الأردن وكذلك في القضاء المقارن فقد كانت

اجتهادات محكمة التمييز الأردنية تعتبر مسألة تطبيق القانون الأجنبي مسألة واقع تأثراً باجتهاد محكمة النقض المصرية والفرنسية إلا أنها عادت عن ذلك الاجتهاد حديثاً واعتبرته مسألة قانون.

18- وقد ترتب على ذلك نتيجة هامة، هي أن القانون الأجنبي يطبق أمام القاضي الأردني بصفته تلك وهو الملزم بالبحث عن مضمونه وتفسيره إذا ما تمسك به الخصوم غير أنه يجوز للقاضي أن يكلف الخصوم وفق أحكام المادة (1/79 و2 و3) من قانون أصول المحاكمات المدنية بتقديم نسخة من النصوص القانونية التي يستندون إليها.

19- وقد توصلت من خلال هذه الدراسة أن القاضي وهو يطبق القانون الأجنبي الذي تم تحديده بناء على قاعدة الإسناد الوطنية، إنما يطبقه بناء على أمر مشرعه بوصفه قانوناً وليس بصفته مندمجاً في العقد إذا ما تم اختياره من قبل إرادة المتعاقدين، فهو لا يطبقه بناء على آمر من إرادة المتعاقدين بل بناء على أمر مشرعه في قاعدة الإسناد الوطنية.

20- وبناء على النتيجة السابقة فإن الأصل أن القاضي الوطني هو المكلف دون غيره بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي وتفسيره وا ِثباته.

21- وبمراجعة نصوص قانون البينات الأردني ومن خلال استعراض مواضيع الدراسة من مراجعه لم أجد ما يشير إلى أن هناك طريقاً أو نصاً خاصاً يحكم إثبات القانون الأجنبي، وبالتالي فإنه يخضع من حيث المبدأ لوسائل الإثبات العامة باستثناء الاقرار واليمين، لأنه لا يجوز للقاضي أن يأخذ باعتراف الخصوم واتفاقهم على مضمون القانون الأجنبي، لأن واجبه يتمثل في تطبيق القانون الأجنبي الكائن فعلاً في الخارج، لا تطبيق قانون وهمي وفق إرادة الخصوم أو مصلحتهم في الدعوى.

22- إن القانون الأردني ومعظم التشريعات المقارنة لم تأخذ بنظرية الإحالة لتحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق (نص المادة 27)، فإذا تبين أن قانوناً أجنبياً هو المختص بحكم الرابطة العقدية فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

23-أن القانون الأردني أخذ احتياطاً عاماً في نص المادة (25) عندما أمر بإتباع مبادئ القانون الدولي الخاص لتدارك ما قد يعتري النصوص من نقص أو غموض وأيضاً من خلال إيراد مبدأ عام مؤداه عدم سريان النصوص المتعلقة بموضوعات القانون الدولي الخاص إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة تتعارض معها.

24-والنتيجة الأخيرة التي توصلت لها من خلال هذه الدراسة، أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب في دولة القاضي بالرغم من ثبوت اختصاصه، ويلاحظ أن المشرع الأردني لم يورد استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون لكونه يعتبر هذه الفكرة داخلة ضمن فكرة النظام العام أو الآداب (نص المادة 29 مدني أردني).

ثانياً : التوصيات:

تؤدي النتائج التي توصلت لها من خلال البحث المتعلق بالروابط التعاقدية ومن خلال اطلاعي وبحثي وتحليلي لكل ما هو متعلق بموضوع هذه الدراسة والمتعلقة بتحديد القانون المختص بحكم الروابط التعاقدية الدولية الخاصة وكيفية تطبيقه وا إثباته وتفسيره إلى التوصيات الآتية:

1-أوصي أن تقوم جامعة الدول العربية بوضع تشريعاً موحداً في مجال موضوع الدراسة وذلك تحقيقاً للاستقرار والأمان القانوني والذي بدوره يشجع على التجارة وتبادل السلع والخدمات بين الدول العربية.

2- يجب أن يقوم المشرع الوطني بواجبه بوضع قواعد خاصة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي وبشكل مستقل عن القانون المدني مراعياً في ذلك ما تأخذ به التشريعات المتطورة من أحكام في هذا المجال وعلى رأسها القانون الدولي الخاص الألماني والسويسري ومجلة القانون الدولي الخاص التونسي باعتبارهما أحدث التشريعات وأكثرها تطوراً في هذا المجال.

3- نتمنى على مشرعنا الوطني العودة عن مبدأ الإسناد الجامد في إسناد الرابطة التعاقدية عند سكوت الإرادة عن الاختيار والأخذ بنظرية الأداء المميز أسوة بالتشريعات الحديثة في هذا المجال.

4- نتمنى أن يقوم مشرعنا الوطني بإنشاء مراكز علمية متخصصة بالقواعد الأجنبية تجمع نخبة متخصصة في القوانين الأجنبية واللغات الأجنبية تعمل على تأمين نصوص القوانين الأجنبية وترجمتها للقاضي الوطني ليتمكن من معرفتها والإلمام بها.

5- تعديل نص المادة (1/20) من القانون المدني باستبعاد تعبير الالتزامات التعاقدية لعدم توافقه مع المطلوب وهو الروابط التعاقدية، فالالتزام التعاقدي هو نتاج الرابطة التعاقدية (العقد والإرادة المنفردة) وقد ذكرت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ومن قبلها المذكرات الإيضاحية للقانون المدني المصري بخصوص هذه المادة **أن المقصود هو العقد**[1] **فليس من المعقول أن يورد المشرع لفظاً أو تعبيراً ويذكر في المذكرة الإيضاحية أن المقصود هو لفظاً مغايراً .**

6- اوصي بنص صريح وواضح على وجوب الأخذ بالإرادة الضمنية والإرادة المفترضة في مجال اختيار الإرادة للقانون المختص بحكم الرابطة التعاقدية.

7- **تغيير تعبير لفظ قانون الدولة التي تم فيها العقد** كون المقصود **وباجتهادي المتواضع** هو انعقاد العقد لأنه ليس كل عقد منعقد هو تام والعكس صحيح **(لطفاً انظر نص المادة 1/100 من القانون المدني الأردني)** [2]. وأيضاً وباجتهادي المتواضع إن العقد المعلق على شرط هو عقد منعقد، فإذا ثار نزاع

([1])لطفاً لمزيد من التوضيح لهذه التوصية راجع مقدمة الدراسة.

([2]) المادة 1/100- يطابق القبول الأيجاب اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها. أما الاتفاق على بعض هذه المسائل في يكفي للالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق كتابة.

2 – واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل **فيعتبر العقد قد انعقد**وا إذا ...

...... قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

بشأن تحقق الشرط من عدمه وكان العقد ذو عنصر أجنبي فلا يمكن أن نقول بأنه عقد تام بالرغم من انعقاده ثم أن المشرع الأردني استخدم تعبير انعقاد العقد في غالبية النصوص المتعلقة بالعقد بوصفه أحد مصادر الالتزام.

8- نتمنى على مشرعنا الأردني النص بشكل واضح على الاستثناءات على قاعدة "قاعدة قانون الإرادة" مثل عقد العمل وغيرها من العقود التي لا يوجد لها قوانين خاصة تبين القانون الواجب التطبيق في العلاقة ذات العنصر الأجنبي.

10-أما بالنسبة لنص المادة 21 تخضع العقود ما بين الأحياء، إنني استغرب هذا النص فهل هناك عقود بين الأموات تقابلها عقود بين الأحياء؟! إذا كان المقصود هو استثناء العقود المضافة إلى ما بعد الموت فكان بإمكان المشرع أن يورد في صدر المادة "باستثناء العقود المنصوص عليها في المواد...".

11-قانون البلد: إن التنازع لا يقوم إلا بين قوانين دول وليس قوانين بلدان وقد وقع المشرع الأردني ومن قبله المشرع المصري في تناقض حيث ذكر في المادة 1/20 قانون الدولة التي تم فيها العقد، ثم أتى في المادة 21 ويقول قانون البلد الذي تمت فيه، لذلك وباجتهادي المتواضع أرى لزوم تغيير تعبير البلد إلى تعبير الدولة عملاً بمبدأ وحدة الألفاظ داخل التشريع الواحد.

9- وكذلك ما ورد في المادة 21 أو –قانونهما الوطني المشترك- أيضاً أن تنازع القوانين لا يقوم بين قوانين أوطان بل بين قانون دول بالمفهوم العام في القانون الدولي العام فإذا كان المقصود هو قانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتهما المشتركة، فلماذا لم يورده هكذا؟!.

10- أسوة بالتشريعات الحديثة نوصي بأن يتم النص على أن القاضي الأردني ملزماً بتطبيق القانون الأجنبي إذا ما تمسك به الخصوم بشكل واضح وصريح لما يؤديه مثل هذا النص من نتائج هامة.

11- ويترتب على وجود النص الوارد في التوصية السابقة أن يصبح القاضي ملزماً بالبحث عن القانون الأجنبي وتفسيره بشكل واضح لا يكتنفه الشك أو الغموض من هذه الناحية وان يطبق القانون الأجنبي بوصفه قانوناً وليس واقع ويخضع لرقابة محكمة التمييز في هذا التطبيق وذلك بتعديل نص المادة (10)

من القانون المدني الأردني ليضاف إلى نهايتها .... ليسندها إلى قاعدة الإسناد الخاصة بها لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها وتطبيقه.

12-نتمنى على قضائنا العادل توحيد الأساس واستقرار الاجتهادات القضائية في موضوع تطبيق القانون الأجنبي من حيث هل هو مسألة واقع أم مسألة قانون لما في هذا الاستقرار من تحقيق للعدالة وتحقيق الأمن القضائي من خلال ثبات المبدأ؟.

12- النص على قاعدة الاستبعاد الجزئي أو استبعاد النص المخالف للنظام العام فقط وليس القانون الأجنبي الواجب التطبيق بأكمله.

قائمة المصادر والمراجع

أ – الكتب القانونية:

1. الدكتور احمد الفضلي – الموجز في القانون الدولي الخاص– الطبعة الأولى – دار قنديل للنشر و التوزيع– عمان –2004 – ص 153 .
2. الدكتور اشرف وفا محمد – استبعاد قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية – القاهرة – 2004.
3. الدكتور أنور سلطان –مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني – الطبعة الأولى – عمان – 1987.
4. الدكتور بشار محمد الأسعد – عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – 2006.
5. الدكتور جابر عبد الرحمن الرأوي – مبادئ القانون الدولي الخاص – الموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي والمقارن – الطبعة الثانية – مطبعة المعارف – بغداد – 1976.
6. الدكتور جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – دار النهضة العربية – القاهرة – 1969.
7. الدكتور حسن الهداوي – تنازع القوانين وأحكام في القانون الأردني – الطبعة الأولى – دار مجدلاوي للنشر والتوزيع – عمان – 1993.
8. الأستاذة الدكتورة حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – الكتاب الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين –منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – 2007.
9. الأستاذة الدكتورة حفيظة السيد الحداد – العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – 2006.
10. الدكتور سامي بديع منصور – الوسيط في القانون الدولي الخاص – الطبعة الأولى – دار العلوم العربية – بيروت – لبنان – 1994.

11. الدكتور سعيد يوسف البستاني – القانون الدولي الخاص – تطور وتعدد حل النزاعات الخاصة الدولية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – 2004.
12. الدكتور سعيد يوسف البستاني – الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية – دراسة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – 2003.
13. الدكتور صفوت أحمد عبد الحميد – دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – 2005.
14. الدكتور طلعت محمد دويدار – القانون الدولي الخاص السعودي الناشر دار المعارف – الإسكندرية – 1418هـ.
15. المحامي الدكتور عامر محمد الكسواني – تنازع القوانين – دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – 2010.
16. عبد الحكيم محسن عطروش – أحكام تنازع القوانين في القانون اليمني والقانون المقارن – عدن – اليمن – 1995.
17. الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية العقد والإرادة المنفردة – دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي – 1984.
18. الدكتور عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني – في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدوليين – الطبعة التاسعة – الهيئة المصرية العامة للكتاب – 1986.
19. الدكتور عكاشة محمد عبد العال – تنازع القوانين – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – 2004.
20. الدكتور عبده جميل غصوب – دروس في القانون الدولي الخاص – الطبعة الأولى – مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – بيروت – لبنان – 2008.
21. الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض – والدكتورة سامية راشد – الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي – دار النهضة العربية – القاهرة 1987.

22. الدكتور فؤاد ديب – القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين" – حقوق الطبع محفوظة لجامعة دمشق – 1986.
23. الدكتور محمد المبروك اللافي – تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – الجامعة المفتوحة – بنغازي – 1994.
24. الدكتور محمود الكيلاني –عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا – حقوق الطبع محفوظة للمؤلف – عمان – 1988.
25. الدكتور محمد عبد الله المؤيد – القانون الدولي الخاص – النظرية العامة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني – إصدارات جامعة صنعاء – 2005.
26. الدكتور محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص – الطبعة الثانية – مؤسسة الثقافة الجامعية – الإسكندرية – 1983.
27. الدكتور منير عبد المجيد – تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية – منشأة المعارف – الإسكندرية – مصر – 1992.
28. الدكتور ممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – 2005.
29. الدكتور محمود محمود المغربي – في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص – دراسة مقارنة – المؤسسة الحديثة للكتاب – طرابلس – لبنان – 2007.
30. الدكتور هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – منشأة دار المعارف – الإسكندرية – 1995.
31. الدكتور هشام علي صادق – تنازع القوانين – دراسة مقارنة في المبادئ العامة – الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية – 1974.
32. الدكتور هشام علي صادق – دروس في القانون الدولي الخاص – الجنسية المصرية وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار الفكر العربي – الإسكندرية – 2005.

جـ – المحاضرات والندوات:

1. الدكتور الأطرش محمد – محاضرات مطبوعة على الآلة الكاتبة – غير منشورة – ألقيت على طلبة كلية الحقوق – السنة الثانية من السلك الثاني – جامعة القاضي عياض – مراكش – المغرب – السنة الدراسية – 2002-2003.
2. الدكتور خلدون قطيشات – محاضرات غير منشورة ألقيت على طلبة كلية الحقوق – السنة الرابعة – الجامعة الأردنية _عمان – 2004/2005.
3. الدكتور مجد الدين خربوط – القانون الدولي الخاص – الجنسية ومركز الأجانب – محاضرات منشورة على الإنترنت ألقيت على طلبة كلية الحقوق جامعة حلب – سوريا – عنوان الموقع: www.law_uni.net.

د – المواقع الإلكترونية:

1. http://www.jus.uio.no/Im/hcpil.applicablele/law.song.conventi on.1986/ doc.html.
2. http://www.jus.uion.no/Im/hcpil.applicablelelaw.song.conentio n.1953/ doc.html.
3. http://www.admin.ch/ch/f/rs/291.

هـ – النصوص القانونية:

1. نصوص القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 ومذكراته الإيضاحية – الجزء الأول.
2. نصوص القانون المدني المصري ومذكراته الإيضاحية – الجزء الاول.
3. نصوص مجلة القانون الدولي التونسي الصادرة في 27/نوفمبر – 1998
4. نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأر دني رقم 24/لسنة 1988 وتعديلاته.
5. نصوص قانون العمل الأردني رقم 8/لسنة 1996 وتعديلاته.
6. قانون البينات الأردني رقم30/لسنة1952وتعديلاته.

و – الأحكام القضائية:

1. أحكام محكمة التمييز الأردنية – المنشورة في مجلة نقابة المحامين الأردنيين – عمان–الأردن.

2. المبادئ التي استقرت عليها محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية – برنامج محوسب – مركز عدالة – العبدلي – عمان – الأردن
3. أحكام محكمة النقض المصرية – قرص مدمج _جمع وتبويب_المستشار كمال عطيه.

ب – المراجع باللغة الإنجليزية:

4. J.H.C. MORRis – THE CONFLICT OF LAWS – London – Sweet and Max well LTD – 1993.
5. R.H. GRAVESON – THE CONFLICT OF LAWS. London and Max Limited "New Fetter – Lane – 1960.



JARASH UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

Conflict of laws
In
International contractual links

By
Hasan Awwad Al-Olaimat

Supervised by:
Dr. Mohammad Wasel